

Author(s) : Gutwirth, Serge & De Hert, P.

Title : « Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en *restorative justice*»

Year : 2002

Publication : Yes

Published in : *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué & Th. A. de Roos, Deventer, Kluwer, 2002, 121-170

Copyright : you are free to use the article, except for commercial purposes, under the sole condition that you also refer to the published version as mentioned in the footer of each page.

Website : <http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Gutwirth/005.pdf>

Gepubliceerd als : S. GUTWIRTH & P. DE HERT,
 "Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het
 burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke
 aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en
restorative justice", *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het
 strafrecht*, K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué & Th. A. de Roos, Deventer,
 Kluwer, 2002, 121-170

**Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het
 strafrecht en het burgerlijk recht.**

Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke
 aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke
 afdoening en *restorative justice*.

Serge Gutwirth en Paul De Hert¹

Prelude

1. *Van een relationele opvatting van het strafrecht ...*
2. *... naar een relationele theorie van het recht.*
3. *De polyfone democratische rechtsstaat.*
4. *De nood aan een bezinning over de verhoudingen tussen strafrecht en burgerlijk recht.*
5. *Over de eigenheid van de quasi-delictuele aansprakelijkheid*
6. *Over de eigenheid van het strafrecht.*
7. *De pénalisation staat haaks op de eigenheid van het strafrecht*
8. *De verwatering van het schuldbegrip in het aansprakelijkheidsrecht ...*
9. *... als oorzaak van de pénalisation.*
10. *Het strafrecht verschaarsen.*
11. *Het burgerlijk recht revaloriseren*
12. *Het slachtoffer in het straf(procesrecht)recht*
13. *Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken*
14. *Restorative justice : naar een vrije markt van schuld, leed, smart en wrok ?*
15. *Besluit*

Prelude

¹ Serge Gutwirth doceert rechtstheorie en -filosofie, rechtsvergelijking en mensenrechten aan de rechtsfaculteiten van de Vrije Universiteit Brussel en de Erasmus Universiteit Rotterdam. Paul de Hert is postdoctoraal onderzoeker bij het Centrum Recht, Bestuur en Informatisering aan de K.U.B. te Tilburg en bij de Vakgroep Criminologie van de Vrije Universiteit Brussel. De auteurs wensen Gerrit van Maanen en Joelle Van Ex te danken voor hun pertinente commentaren en suggesties.

Calvino, Frish, Vico, Pirandello, Borges, Ricoeur, Gombrich, Flaubert, Magritte, Rubens, Kafka, Konrad, Kundera en nog vele anderen; allen werden ze op verrassende wijze geënceneerd in de lezingen van een vermaard jurist. We hadden uiteraard al van A.C. 't Hart gehoord, één van ons had hem ontmoet op een colloquium over de *Franse revolutie en de grondslagen van het recht* en we hadden reeds kennis genomen van het magistrale *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* dat hij samen met R. Foqué had geschreven². Maar dat 't Harts voordrachtenreeks aan de Vrije Universiteit Brussel in 1990 zoveel erudiet vuurwerk zou brengen, neen, dat hadden we niet verwacht. Nog minder waren we erop berekend dat deze ontmoeting zou bijdragen tot wat we nog het best kunnen omschrijven als onze epistemologische bevrijding. Hier voltrok zich immers een vorm van wetenschapsbeoefening die we vandaag de dag nog koesteren. Dit was een *eye opener*. 't Hart toonde, sterker zelfs, hij *beweest* dat het combineren van een rigoureuze beheersing van het positieve strafrecht, een brede interdisciplinaire metajuridische reflectie en een uitgesproken maatschappelijk engagement niet gedoemd is om in elk van deze perspectieven te kort te schieten, maar integendeel een meerwaarde oplevert ten bate van de drie perspectieven afzonderlijk *én* de totaliteit van het denkproces. Deze aanpak inspireert ons nog steeds. In het voetspoor van 't Hart wensen we juridische wetenschap te bedrijven voorbij het vals dilemma tussen het louter 'filosoferen over' het recht en het louter positiefrechtelijk onderzoek. Goede theorie is praktijkgericht; goede praktijk is theoretisch en maatschappelijk ingebed.

Naast deze opvattingen van het juridische werken en denken hebben we uit de geschriften van 't Hart ook veel sterke inhoudelijke ideeën en gedachten gehaald, waarmee voor ons overigens het bewijs is geleverd van de vruchtbaarheid van 't Harts wetenschappelijke aanpak. Wat *wij* precies in het oeuvre van 't Hart hebben opgestoken is hier niet terzake, want niet relevant. Toch wensen we - het gaat tenslotte om een huldeboek - in de verf te zetten dat 't Hart ons nog veel meer heeft bijgebracht dan de relationele theorie van het strafrecht, die bij nader inzien niets minder blijkt te zijn dan een theorie van het recht in zijn geheel. Voorbij deze relationele (straf)rechtsopvatting, waarop we straks nog terugkomen, heeft 't Hart o.i. nog baanberekend werk verricht in verschillende domeinen. Zo is hij al steeds één van de markantste persoonlijkheden geweest wanneer het erop aankwam na te denken over de evolutie van de positie en rol van het OM in een democratische rechtsstaat. Wanneer de overheid het strafrechtelijk beleid uitstippelde is 't Hart nooit op de achtergrond gebleven maar heeft hij steeds doordachte constructieve kritiek geleverd. Daarbij heeft hij gaandeweg belangrijke begripsmatige verduidelijkingen aangebracht bij de fundamentele notie van de democratische rechtsstaat, in het bijzonder wat betreft de noodzaak de democratische en de rechtsstatelijke legitimeringen samen te denken, zonder ze in elkaar te schuiven. Op een ander vlak, en zeker niet minder belangrijk, kan 't Hart worden beschouwd als één van de toonaangevende denkers van de multiculturele samenleving, zowel vanuit de casuïstiek van de Hoge Raad (hoofddoekjes, gemengde zwemlessen, ...), als vanuit een breder rechtstheoretisch perspectief. Verder is het werk van 't Hart en Foqué voor een van ons doorslaggevend geweest omdat het de epistemologische kwestie van de verhoudingen tussen de 'waarheid in het recht' en de 'waarheid in de wetenschappen', tussen recht en

² Het is voor ons onmogelijk om het werk van 't Hart te huldigen zonder dit impliciet ook te doen voor zijn gemeenschappelijke werk met Foqué. De samenwerkende auteurs zijn hierin zelf ook zeer expliciet. In *Recht als schild van Perseus* schrijft 't Hart dat zijn gezamenlijke onderzoek met Foqué heeft geleid tot de ontwikkeling van een gedachtegoed dat 'niet meer aan één van beiden apart toe delen' valt. In *De ruimte van het recht* schrijft R. Foqué dan weer dat zijn samenwerking met 't Hart 'een onmisbare component' is geworden van zijn eigen werk. Zo wordt de huldiging van 't Hart ook deze van een samenwerking.

wetenschappen aan de orde heeft gesteld³. Om deze onvolledige opsomming te beëindigen wijzen we er nog op dat 't Hart, samen met Foqué, o.i. op grensverleggende en boeiende wijze vorm heeft gegeven aan de thematisering van de verhoudingen tussen recht en literatuur⁴.

1. Van een relationele opvatting van het strafrecht ...

De toonaangevende grondslagentheoretische analyses en opvattingen van 't Hart en Foqué zijn uitdrukkelijk toegespitst op het strafrecht. Zo verwijst hun gemeenschappelijke kernpublicatie *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* in de ondertitel expliciet naar het debat over de grondslagen van het strafrecht⁵. Ook in het zelfstandige werk van 't Hart neemt het strafrecht een dominante plaats in. Zo dragen *Recht als schild van Perseus* en *Hier gelden wetten !* respectievelijk *Voordrachten over strafrechtstheorie* en *Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme* als ondertitels⁶. Het strafrecht staat duidelijk in het epicentrum van de theoretische reflectie die heeft geleid tot de uitbouw van de *relationele strafrechtsopvatting* die ondertussen, na grondige discussies en kritieken⁷, een paradigmatische status heeft verworven⁸. Het uitgangspunt is de vaststelling dat een legitiem strafrecht naast zijn instrumentele -ordenende, straffende, criminaliteitsbestrijdende, *crime control*- functie, ook een rechtsbeschermende component inhoudt die instaat voor de vrijwaring van het individu en zijn vrijheid. Elk legitiem strafrechtelijk handelen moet beantwoorden aan een dubbele binding: enerzijds dient het te passen in de verwezenlijking

³ Dit thema werd uitvoerig behandeld in het gepubliceerde proefschrift van S. Gutwirth (*Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, VUBPress/MAKLU, Brussel/Antwerpen, 1993, 846 p.). A.C. 't Hart was extern lid van de beoordelingscommissie; R. Foqué gaf de publicatie van het werk een heel mooi voorwoord mee. Vermeldenswaard is dat 't Hart deze thematiek, met verwijzing naar het voorbeeld van de snelheidsmetingen, zeer recentelijk nog boeiend heeft besproken; zie A.C. 't Hart, 'De autonomie van het strafrecht', *D&D* 2001, afl. 3, 239.

⁴ Dit komt uitgebreid aan de orde in S. Gutwirth, 'Une petite réflexion sur l'importance de la flibusterie épistémologique des littéraires. Dostoïevski, la criminologie, les sciences, le droit et la littérature' in Fr. Ost, L. Van Eynde, Ph. Gérard & M. van de Kerchove (Ed.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001, 305-342.

⁵ R. Foqué & A.C. 't Hart, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p.

⁶ A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Leerstoel Theodore Verhaegen 1989-1990 - Vrije Universiteit Brussel, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1991, 191 p. en A.C. 't Hart, A.C., *Hier gelden wetten ! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Arnhem, Gouda Quint, 2001, 270 p. Om het strafrecht, zie nog en onder meer in A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven, ACCO, 1983, 473 p.; A.C. 't Hart, *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 402 p.; A.C. 't Hart, *Mensenwerk ? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Noord-Hollandsche, Amsterdam, 1995, Nieuwe reeks, Deel 58, no. 4, 40 p. en A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 318 p.

⁷ Zie o.m. G.C.G.J. Van Roermund, e.a. (Ed.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 421 p.

⁸ Ons is bijvoorbeeld opgevallen dat alle auteurs die hebben meegeschreven aan *Legitieme strafvordering* zich positioneren binnen het strafrechtsperspectief van 't Hart en Foqué, zie C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 215 p. Hier is het niet de plaats om uitvoerig uit te doeken te doen waar deze relationele strafrechtsopvatting voor staat. Zie hiervoor natuurlijk in het verzamelde werk A.C. 't Hart en R. Foqué. Zelf hebben we ons aan een weergave van het relationele rechtsbegrip gewaagd in S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken, o.c.*, o.m. op p. 336 *et seq.* en in S. Gutwirth, 'Een ander verhaal: over instrumentaliteit en rechtsbescherming', *Recht en Kritiek* 17, 1991/4, 428-441.

van de maatschappelijke orde van een democratische rechtsstaat; doch anderzijds en tegelijk dient het bescherming te bieden aan de individuele vrijheid en zelfontplooiingsmogelijkheden van de burgers. Het strafrecht staat dus steeds tussen conflicterende rechten, projecten en belangen: het wordt simultaan in twee tegengestelde richtingen getrokken. Samenhang en tegenhang staan er tot elkaar in spanning⁹. Daarom juist moet het bemiddelen: het behoort de verhoudingen tussen de maatschappelijke machten steeds opnieuw te herbepalen in functie enerzijds van de vrijheid van de individuen, en anderzijds van de sturing van het gemeenschappelijke project waarin diezelfde vrijheid centraal staat. Aldus biedt de relationele strafrechtsopvatting een tripolaire, en geen bipolaire, voorstelling van het strafrechtelijke gebeuren. Het beschrijven en duiden van deze driedelige opstelling of structuur - deze *disposition des choses* - vormt de grote vernieuwing van 't Hart en Foqué. Het strafrecht is in hun voorstelling 'relationeel'. Het beheert rechtsbetrekkingen en machtsverhoudingen ('relaties') en waarborgt dat de maatschappelijke orde, noch de individuele vrijheid absoluut gaan domineren. In die zin moet het tegelijkertijd machtskritisch én dienstig aan de ordening zijn.

2. ... naar een relationele theorie van het recht.

De relationele rechtsopvatting reikt echter verder dan het strafrecht alleen. 't Hart en Foqué hebben gaandeweg een visie ontwikkeld op het recht in zijn geheel. Dat blijkt mooi uit het feit dat zij in hun geschriften soms terugvallen op het gebruik van haakjes -bv. "de relationele (straf)rechtsopvatting"- of hun perspectief gewoonweg verbreden tot gans het recht. Dit hoeft niet te verwonderen daar hun theoretisch werk zich expliciet in het verlengde plaatst van het verlichtingsdenken, dat zich nooit tot het strafrecht alleen heeft beperkt. Bij Beccaria bijvoorbeeld, die tenslotte de meest op het strafrecht toegespitste verlichtingsdenker was, vindt de lezer ook een treffende (Lockeaanse) visie op het sociaal contract. Zo ook vindt men bij 't Hart en Foqué niet alleen een visie op het strafrecht maar ook, en misschien *vooral*, een bredere visie op de democratische rechtsstaat en zijn recht.

Dat de relationele *strafrechtsopvatting* ook terug te voeren is tot een relationele *rechtsopvatting tout court*, hebben we zelf proberen te verduidelijken via het concept van de polyfonische democratische rechtsstaat¹⁰. Het recht van een democratische rechtsstaat wordt immers, net als het strafrecht, in twee richtingen getrokken. Opnieuw, maar breder nu, bestaat het doel eruit een maatschappelijke orde of eenheid te genereren die individuele vrijheid of verscheidenheid mogelijk maakt. Het komt erop aan, zoals Touraine en 't Hart het mooi verwoorden, om zoveel mogelijk vrijheid als een eenheid te doen functioneren¹¹.

3. De polyfone democratische rechtsstaat.

De eindtermen van het democratisch rechtsstatelijk project kunnen worden voorgesteld door een beroep te doen op de metafoor van de polyfone muziek. In polyfone muziek verlopen verschillende muzikale lijnen of melodieën simultaan naast elkaar, zonder hiërarchie of dominante stem. Toch is het geheel geen kakofonie, geen wanklinkend, ongeorganiseerd en toevallig geheel van klanken. Het geheel blijft muziek. De verschillende zelfstandige melodieën

⁹ R. Foqué, "Samenhang en tegenhang in twee decennia strafrechtstheorie", *Panopticon* 2001/2, 123-140.

¹⁰ S. Gutwirth, 'De polyfonie van de democratische rechtsstaat' in M. Elchardus (red.), *Wantrouwen en onbehagen*, Balans 14, Brussel, VUBPress, 1998, 137-193

¹¹ A. Touraine *Qu'est-ce la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, p. 171. Zie tevens A.C. 't Hart, *Mensenwerk ?*, o.c., 40 p.

zijn wel degelijk op elkaar afgestemd. Dat gebeurt via de ("bemiddelende") regels van het contrapunt die, zonder één melodie te bevoordelen of het overwicht te geven, bepalen wat samengaat en wat niet. Aldus bepaalt elke melodie in haar voortgang ("in real-time") de mogelijkhedenvoorwaarden van de andere melodieën en vice versa, waarbij deze constante interactie tussen de melodieën door het contrapunt binnen de contouren wordt gehouden van wat uiteindelijk in zijn geheel een muzikaal resultaat behoort te zijn. Kortom: in een polyfonie functioneert melodische veelheid als een muzikale eenheid.

Een democratische rechtsstaat is in die zin polyfoon dat hij, zonder dat het geheel in chaos vervalt, een zo groot mogelijke vrijheid geeft aan een zo groot mogelijk aantal individuen en hierbij de grootst mogelijke diversiteit beschermt. Zonder individuele vrijheid, veelheid aan inzichten, opinies, projecten en gedragsmogelijkheden is er geen democratische rechtsstaat. Musicologisch uitgedrukt : polyfonie wijkt dan voor homofonie (monotonie ...). Maar een democratische rechtsstaat moet er tegelijk voor zorgen dat hij blijft voortbestaan. Een té verregaande individualisering kan immers leiden tot de desintegratie van het geheel. Dan verwordt de polyfonie tot een kakofonie.

Een politiek-institutioneel systeem moet worden uitgebouwd waarbinnen door de samenhang vrijheid juist mogelijk wordt. Dat is een paradoxale taakstelling want er moet tegelijk worden ingestaan voor de garantie van een maximum aan vrijheid én de bestendiging van het gemeenschappelijk project waarbinnen die vrijheid juist mogelijk is. Spanningen zijn in zo'n project essentieel want de individuele vrijheden kunnen onderling botsen of haaks staan op het algemene project. Nu kan zo'n geheel niet functioneren zonder een autonome en onafhankelijke instantie die op permanente wijze *bemiddelt* tussen de actoren, belangen en machten teneinde leefbare en min of meer stabiele evenwichten te installeren. Deze instantie is het recht. Dit laatste moet, zoals 't Hart schrijft, *compatibiliseren*. De metafoor wellicht te ver doordrijvend, zou men kunnen stellen dat de contrapuntprincipes in de polyfone muziek gelijkaardig zijn aan wat het relationele recht is in een democratische rechtsstaat: zij moeten beide permanent bemiddelen tussen twee tegengestelde strekkingen, te weten deze naar chaotische desintegratie en deze naar totalitaire integratie.

Hiermee is gezegd dat het recht dient te beantwoorden aan dezelfde vereisten als wat hierboven de relationele strafrechtsopvatting werd genoemd. Het recht heeft enerzijds een rechtsbeschermende functie, die een rem is op de ontsporingen van de macht en anderzijds een instrumentele functie, die gericht is op de schepping van de mogelijkheden voor een maatschappelijke orde waarin vrijheid kan worden verwezenlijkt. Die verwevenheid tussen het instrumentele en machtskritische aspect impliceert dat het recht de verhoudingen tussen de maatschappelijke machten steeds opnieuw in functie enerzijds van de vrijheid van de individuen, en anderzijds van de sturing van het gemeenschappelijke project waarin diezelfde vrijheid centraal staat. Recht staat met zijn begrippenapparaat als dusdanig *buiten* die machtsverhoudingen, maar het geeft zichzelf inhoud tijdens de bemiddelende activiteit *tussen* die machten. De eigenheid van de democratische rechtsstaat is precies dat machtsverhoudingen - er in rechte (en in principe zonder geweld) - kunnen worden afgewogen.

4. De nood aan een bezinning over de verhoudingen tussen strafrecht en burgerlijk recht.

Zoals we reeds in een vorige bijdrage stelden rijst bij het voorgaande de vraag naar de eigenheid van het strafrecht¹². Indien de dubbele binding van een relationeel recht kenschetsend is niet alleen voor het strafrecht maar ook voor *gans het recht*, waar ligt en wat is dan de eigenheid van het straf(proces)rechtelijke rechtsgebied? Wat is er sectorspecifiek aan het strafrecht en welke bijzondere voorwaarden en *constraints* vloeien hieruit voort? Wat hoort in het strafrecht en wat niet? Hoe verhoudt het strafrecht zich dan tot andere rechtsgebieden, en meer in het bijzonder tot het burgerlijk recht?

Op het eerste zicht lijken dit erg abstracte vragen. De onderwerpen die verder in deze bijdrage zullen worden aangesneden tonen echter aan dat, gegeven het paradigma van relationele (straf)rechtsopvatting, de vraag naar wat het strafrecht wel of niet toekomt wel degelijk van een prangende tastbaarheid is. Inderdaad, de opgeworpen vragen komen als vanzelf aan de oppervlakte drijven zodra een reflectie wordt op gang gebracht over de onderling verweven problematieken van de overbevraging van het strafrecht¹³, de opkomst van het slachtoffer in de strafrechtelijke wereld, de buitengerechtigde afdoening van strafrechtelijke geschillen en het succes van het herstelrechtelijke denken dat zich tegenwoordig aandient als het nieuwe én heilzame penale paradigma. Deze problematieken stellen immers alle vier, rechtstreeks of onrechtstreeks, de kwestie van de eigenheid van het strafrecht en zijn verhoudingen tot het burgerlijk recht aan de orde. Zoals we verder nog zullen zien komt deze kwestie het duidelijkst tot uiting met betrekking tot het leerstuk van de burgerlijke of quasi-delictuele aansprakelijkheid: ook hier, net als in het strafrecht, biedt het recht een antwoord aan 'foute' handelingen. Maar de aard van dit antwoord is vergeleken bij dat van het strafrecht fundamenteel verschillend. Daarom is het noodzakelijk om kort in te gaan respectievelijk op de eigenheid van de quasi-delictuele aansprakelijkheid (paragraaf 5) en de eigenheid van het strafrecht (paragraaf 6).

5. Over de eigenheid van de burgerlijke aansprakelijkheid

De oorspronkelijke leer van de onrechtmatige daad kan nog het best worden geduid aan de hand van de originele wetteksten, met name art. 1382 van de Franse *Code Civil* en het Belgische *BW*, en art. 1401 van het (oude) Nederlandse *BW*¹⁴. Deze leer houdt in dat elkeen die door zijn fout schade aan een ander toebrengt, gehouden is deze te vergoeden. Volgende drie elementen zijn nodig om een verplichting tot schadevergoeding te doen ontstaan: een *fout*, een *schade* en een *causaal verband* tussen beide¹⁵. Het begrip "fout" heeft hierbij zowel

¹² S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers', *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087. In de hieropvolgende paragrafen worden een aantal stukken uit dit artikel verkort en verwerkt overgenomen.

¹³ De ponering van zoiets als 'overbevraging' van het strafrecht impliceert eigenlijk al van meet af aan een reeks onderliggende opvattingen over de grenzen en beperkingen van het strafrecht. Die willen we hier juist expliciteren.

¹⁴ Art. 1382 *Code civil*: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer"; art. 1382 *BW* (B): "Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden"; art. 1401 oud *BW* (NI): "Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt degenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden".

¹⁵ Meer in detail: B. Knottenbelt & R.A. Torringa, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Arnhem, Gouda Quint, 1979, tweede druk, 113. Over de in art. 1401 oud *BW* gebezigde begrippen 'schuld' en 'onrechtmatigheid' vanuit historisch perspectief, alsook over de motieven van de Nederlandse wetgever om de originele verwoordingen van art. 1382 *Code civil* (1804) niet over te nemen in art. 1401 oud *BW* (1838), zie G. van Maanen, "Om te doen

een objectieve als een subjectieve betekenis: enerzijds karakteriseert het de daad of het gedrag dat met name "onrechtmatig" moet zijn (het beantwoordt niet aan het gemiddelde zorgvuldige gedrag van de *bonus pater familias*); anderzijds impliceert het de "schuld" van de betrokkene in de zin dat het gelaakte gedrag hem/haar kan worden toegerekend (hij/zij moet er bewust voor hebben geopteerd)¹⁶. Deze aansprakelijkheidsleer wordt dan ook fout- of schuldaansprakelijkheid genoemd.

Deze tijdens de Verlichting ontstane aansprakelijkheidsleer is sterk verweven met het principe van de vrijheid en de rationaliteit van de individuen¹⁷. Men is aansprakelijk omwille van zijn vrijheid van handelen, omwille van zijn vermogen rationele keuzen te maken en omwille van zijn verantwoordelijkheid in morele betekenis¹⁸. Omwille van dezelfde vrijheid is er ook geen algemeen beginsel dat zegt dat elke schade die kan toegeschreven worden aan een menselijke oorzaak dient te worden vergoed. Het beginsel dat aan de civiele aansprakelijkheid ten grondslag ligt, is integendeel *dat ieder zijn eigen schade dient te dragen, tenzij het recht een ander aanwijst*¹⁹. Achter dit beginsel schuilt een finzinnig compromis tussen vrijheid en rechtvaardigheid. Door de koppeling van de aansprakelijkheid aan de schuldvereiste en/of het foutbegrip komt niet elke schade in aanmerking voor vergoeding, wat het handelend individu een zekere bescherming biedt en een klimaat wil

ophouden de menigvuldige twistgedingen ..." Opmerkingen omtrent de historische achtergrond van de onrechtmatige daad, Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en Rechtsgeschiedenis - deel 2, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995, 63 p. Onmiddellijk zal in de tekst aan de orde zijn dat leer van de onrechtmatige daad beoogt de individuele vrijheid van het handelend subject te vrijwaren door hem alleen tot schadevergoeding te verplichten wanneer hij foutief handelt. Niet elke schade dient te worden vergoed. Uitgerekend om deze boodschap te verstevigen opteerde de Nederlandse wetgever voor de opname van het woord 'onrechtmatig' in art. 1401 BW : de bedoeling was de aansprakelijkheid voor *rechtmatige* of *bevoegde* handelingen te ecarteren (G. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19de en 20e eeuw*, Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis - deel 5, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996, 13). Van Maanen heeft duidelijk gewezen op het problematische karakter van deze toevoeging (cf. G.E. van Maanen, *'Om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen ...'*, o.c., 56) en we zullen het begrip dan ook zoveel mogelijk vermijden in het verdere verloop van deze paragraaf.

¹⁶ Cf. R. De Corte, *Privaatrecht, een inleiding*, Gent, Mys&Breesch, 2000, 495 et seq.

¹⁷ In de voorbereidende werkzaamheden blijkt duidelijk hoe sterk de algemene regel van art. 1382 door o.m. door Treilhard en de Greuille in verband wordt gebracht met het natuurrecht en 'ces grands principes de morale si profondément gravés dans le coeur de tous les hommes'. Zie Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des codes français*, Tome sixième, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 275 (nr. 5) en 280 (nr. 9).

¹⁸ C. Sieburgh, 'Toerekening van een onrechtmatige daad', *Ars Aequi*, 2000, vol 50, nr. 3, 185: "Aansprakelijkheid was slechts aanvaardbaar indien de dader moreel laakbaar had gehandeld. Dit hield in dat hij met behulp van de rede in vrijheid anders had kunnen handelen en dat zijn innerlijke gezindheid laakbaar was. Juridische en morele schuld vielen samen. Deze rechtvaardiging voor aansprakelijkheid inspireerde de makers van de codificaties die aan het einde van de 18e en in het begin van de 19e eeuw in Europa tot stand kwamen. Bovendien speelde de vrije wil in die periode eveneens een cruciale rol in de maatschappelijke opvattingen. In beginsel was iedereen vrij om te doen en te laten wat hij wilde. Aansprakelijkheid bestond slechts indien op onjuiste wijze gebruik was gemaakt van deze vrijheid. Wanneer de schadeveroorzakende handeling niet viel te herleiden tot een in vrijheid gemaakte keuze die moreel laakbaar was, werd het bestaan van aansprakelijkheid niet rechtvaardig geacht. Doordat schuld werd uitgelegd als moreel laakbaar, beperkte zij het bestaan van aansprakelijkheid voor onrechtmatig gedrag."

¹⁹ Zie *Discours prononcé par M. Tarrible, orateur du tribunat, dans la séance du corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1803)* : "Le dommage pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation" Locré, o.c., 287 (nr. 19).

creëren waarin ontplooiing aangemoedigd wordt²⁰. De fout- of schuldvereiste functioneert m.a.w. als een filter om het handelend subject in zijn handelen een geruststelling te bieden²¹. Toch dient te worden gesteld dat reeds in de *Code Civil* van 1804 minder strenge filters werden voorzien voor deelaspecten van de aansprakelijkheid, waarbij het bestaan van de fout geen vereiste vormt (cf. art. 1384)²². Tot vandaag blijft hoe dan ook de fout- of schuldaansprakelijkheid, alleszins op conceptueel vlak, het dominante principe²³.

Het is opvallend dat in het gebied van de strafrechtelijke aansprakelijkheid begrippen als *fout* en *schuld* (opzet) eveneens een essentiële rol spelen. Dat is geen evidente vaststelling. Hoe is het zover kunnen komen dat twee duidelijk onderscheiden, doch toch sterk verwante rechtsdomeinen zijn ontstaan? Welke feiten worden door het ene domein geregeld en welke door het andere? Hoe werd de werking van deze wissel opgevat en hoe functioneert ze? De meeste civilisten gaan opvallend genoeg voorbij aan deze vragen en volstaan met de vermelding dat de leer van de civiele aansprakelijkheid afzonderlijk werd uitgewerkt in de *Code Civil* van 1804. De motieven om bepaalde aansprakelijkheidskwesties onder te brengen in dit wetboek en andere daarentegen te verwijzen naar de *Code pénal* van 1810 worden niet of nauwelijks belicht. Zo bieden Pirson en De Villé in hun geschiedenis van de civielrechtelijke aansprakelijkheid eigenlijk alleen maar het gekende verhaal van de geschiedenis van het *strafrecht* waarbij zij opmerken dat pas vanaf de 17de eeuw in rechtsgeleerde geschriften wordt gepleit voor de creatie van een afzonderlijk civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem, dat uiteindelijk pas in 1804 in het *Code civil* zal worden uitgebouwd²⁴. Dit systeem is dus niet van alle tijden en 1804 vormt m.a.w. een breekpunt,

²⁰ In dezelfde zin R. De Corte, *o.c.*, 495 : "indien ergens schade wordt aangericht, draagt het slachtoffer zelf de schade (*the loss rests where it falls*). Deze bepaling moet gezien worden binnen de liberale maatschappijopvatting van die tijd: iemand aansprakelijk stellen zonder enige beperking is een rem plaatsen op het vrij initiatief".

²¹ C. Sieburgh, "Toerekening ..., *l.c.*, 184; B. Knottenbelt & R.A. Topping, *o.c.*, 126. Deze regel verklaart onder meer waarom schade van anderen dan de gewonde of overleden persoon niet voor vergoeding in aanmerking komt en waarom zonder wettelijke tussenkomst geen vergoeding kan worden toegekend aan ouders die hun carrière geknakt zien doordat zij meer tijd aan hun gehandicapt kind moeten besteden en aan de werkgever die zijn omzet ziet dalen omdat zijn topmanager door een ongeval is uitgeschakeld. Cf. W.H. Van Boom, 'Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht', *N.J.B.*, 1 augustus 2001, 1301-1302. Nabestaanden in Nederland hebben in essentie alleen aanspraak op vergoeding van verloren levensonderhoud en begrafeniskosten.

²² Ch. Radé, 'Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile', *Recueil Dalloz*, 1999, Chronique, 314.

²³ Hoewel rechtspraak en wetgeving er steeds meer uitzonderingen op aanbrengen, blijft het principe van de schuldaansprakelijkheid met zijn primaat van de fout steeds weer opduiken in ons denken over aansprakelijkheid. Cf. R. De Corte, *o.c.*, 496 en Ch. Radé, *l.c.*, 314-315. Op pagina 315 verhaalt deze laatste auteur hoe steeds meer rechtgeleerden vaststellen dat de recente leer van het voorzorgsprincipe in feite niet meer dan een variant vormt op het denken in termen van foutaansprakelijkheid.

²⁴ R. Pirson & A. De Villé, *Traité de la responsabilité extra-contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1935, Deel 1, 7. Deze geschiedenis is gekend. Schematiserend is er eerst een periode *zonder* recht. Op een schadeverwekkende handeling volgt een op wraak geënte reactie. Van juridische normering is er pas sprake wanneer die wraak een recht wordt. "La vengeance devient un droit: l'individu lésé a le droit d'infliger au coupable un dommage pareil à celui qu'il a lui-même subi; c'est la loi du talion, dont nous retrouvons des traces dans la loi des XII Tables". Een volgende stap werd zowel bij de Romeinen als bij Germanen gezet op het ogenblik dat het slachtoffer gaat afzien van de wraak en in de plaats hiervan een geldelijke vergoeding eist (*poena* of *wehrgeld*). Dit systeem van vrijwillige compensatie werd later juridisch verplicht gemaakt. Tenslotte wordt een laatste stap gezet op het ogenblik dat het gezag bepaalde feiten -de geïncrimineerde feiten- zelf gaat vervolgen: "La victime n'exerce plus la vengeance privée, l'Etat se charge de la répression des délits et la personne lésée n'a plus qu'un droit à une indemnité"; R. Pirson & A. De Villé, *o.c.*, 7. Opvallende vaststelling is dat deze evolutie grotendeels betrekking heeft op de strafrechtelijke materie. De regel dat alle fouten (dus ook deze die niet als misdrijf zijn omschreven) tot schadevergoeding moeten leiden is geenszins verankerd in het Romeinse, Germaanse of Middeleeuwse recht.

doordat het een duidelijke wissel creëert. Het geestelijk vaderschap van de wissel valt te retraceren aan het einde zeventiende en het begin achttiende eeuw waarin onder impuls van rechtsgeleerden zoals Domat werk gemaakt van een conceptuele opsplitsing tussen privaat recht en publiek recht en tussen de strafrechtelijke en civiele aansprakelijkheid. Dan wordt de basis gelegd van een algemeen aansprakelijkheidsprincipe²⁵. Dit laatste werd door Domat als volgt geformuleerd: "Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir ou autre faute semblable, si légère qu'elle puisse être, doivent être réparés par suite de l'imprudence ou autre faute qui y a donné lieu"²⁶. Onder Napoleon werden dan ook afzonderlijke wetboeken -de *Code civil* van 1804 en de *Code pénal* van 1810- gemaakt, gericht op onderscheiden rechtsgebieden²⁷. In de *Code civil* werd een algemene foutaansprakelijkheidsregeling uitgewerkt die volledig losstond van de delictuele of strafrechtelijke aansprakelijkheid²⁸. Wel weze aangestipt dat Domats ideeën niet onbeperkt werden overgenomen. Door de koppeling van de aansprakelijkheid aan de schuldvereiste kwam immers, zoals gezien, niet elke schade in aanmerking voor vergoeding.

Het voorgaande geef nog geen antwoord op de vraag op basis van welke principes de nieuwe wissel moest gaan functioneren. Welke materies vallen voortaan onder de *Code civil* of onder de *Code pénal*? Opnieuw worden we geconfronteerd met ontbrekende hoofdstukken in de leerboeken van de civilisten. Iedereen schijnt te weten dat de wissel bestaat en werkt, doch niemand durft het antwoord te formuleren op de nochtans fundamentele vraag op welke basis foute handelingen hetzij werden geïncrimineerd in het strafrecht, hetzij onder het regime van de contractuele of burgerlijke aansprakelijkheid zouden belanden.

Alleszins staat vast dat beide fouten kunnen samenvallen, maar dat de onrechtmatige daad een groter bereik heeft dan de strafbare daad, omdat de strafbaarheid beperkt is tot die schendingen van geboden of verboden die in een voorafgaandelijke wettelijke strafbepaling uitdrukkelijk zijn strafbaar gesteld²⁹. Maar over welke foute handelingen gaat het? Wanneer en op welke gronden beslist een samenleving fouten strafrechtelijk dan wel civielrechtelijk te sanctioneren? Waarom werd door de aansprakelijkheidsregeling van de *Code Civil* een

Ook drukt het voorgaande goed uit dat het strafrecht in de rechtsgeschiedenis voorafgaat aan het burgerlijk recht, of met de woorden van P. Pescatore: "Le droit pénal remonte aux débuts de l'histoire juridique. Il est en réalité la première forme dans laquelle apparaît le droit, antérieur au droit civil qui représente déjà un stade plus évolué des relations sociales. Mais alors que le droit civil atteint un degré de développement très élevé déjà dans le droit romain, le droit pénal est resté un droit primitif, arbitraire, même cruel, jusqu'au début de l'époque du droit contemporain" P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Office des imprimés de l'Etat, Luxembourg, 1960, 27.

²⁵ R. Pirson & A. De Villé, *o.c.*, 11-12; Y. Cartuyvels, *D'où vient le code pénal?*, Paris-Brussel, De Boeck Université, 1996, 83-97.

²⁶ Citaat uit *Loi civile*, Boek 1, Titel II, sectie IV aangehaald door R. Pirson & A. De Villé, *o.c.*, 12.

²⁷ De differentiatie tussen beide rechtsgebieden belichaamt alleszins een breuk met het Romeins recht. Dat is opmerkelijk daar de codificaties van het begin van de 19de eeuw zich beriepen op het Romeins recht maar er tegelijk van afweken wanneer ze het penale van het civiele scheidden.

²⁸ R. Pirson & A. De Villé, *o.c.*, 12.

²⁹ Het bereik van de civiele aansprakelijkheid werd in Nederland aanzienlijk verruimd toen de Hoge Raad in het Lindenbaum/Cohen arrest van 31 januari 1919 besliste dat er sprake kan zijn van onrechtmatigheid niet alleen wanneer een handeling strijdig is met de wet, doch ook wanneer een handeling in strijd is met andere onrechtmatigheidscriteria zoals de zorgvuldigheid en de goede zeden. Cf. B. Knottenbelt & R.A. Topping, *o.c.*, 112-115 en G. Van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende Lindenbaum*, Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis - deel 3, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996,

dissociatie van fout en straf ingevoerd³⁰ ? Deze vraag beantwoorden impliceert hoe dan ook dat een parallelle ontstaansgeschiedenis van de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheden wordt geschreven. Dat behoort vandaag de dag niet tot onze mogelijkheden. Wel zijn er terzake een reeks elementen relevant. Zo is het duidelijk dat de juristen in de loop van de 19de eeuw gestaag en hardnekkig hebben geprobeerd het strafrecht en het civiele recht van elkaar te onderscheiden, vaak met de grootste verwarring en onduidelijkheid als gevolg³¹. De graad van morele laakbaarheid van handelingen wordt hierbij volgens Th. Lévy ten onrechte als criterium gehanteerd: in vele gevallen is de strafrechtelijke fout niet meer of niet minder moreel laakbaar dan de burgerrechtelijke³², maar in het eerste geval zal het gevolg een stigmatiserende vrijheidsberoving zijn en in het tweede een eerder neutrale pecuniaire schadevergoeding. Het criterium van de incriminaties ligt dus elders, en voor Lévy, onmiskenbaar bij de bescherming van de eigendom tegen diegenen die geen vermogen hebben om schadevergoedingen te betalen³³: zo belichaamt het strafrecht "le moyen d'appliquer de force les injustices de la loi civile à ceux qui n'en retirent aucun des avantages"³⁴. Het onderscheid tussen strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid wordt dan onderdeel van machtsmechanismen die de liberale bourgeoisie dienen te beschermen tegen de *classes dangereuses* ... Omgekeerd laat het onderscheid de welstellende klasse toe de 'eigen' conflicten op een elegante wijze uit te vechten via het *burgerlijk* proces (de naam is niet toevallig), gekenmerkt door de lijdelijkheid van de rechter, het initiatief van de partijen en het centraal staan van de door de partijen aangeleverde formele waarheid (in tegenstelling tot het strafproces). In de literatuur wordt gewezen op het ideologische karakter Domats dogmatiek die gekenmerkt is door het primaat van het privaatrecht dat verondersteld werd vorm te geven aan de 'natuurlijke' vermogens van de mensen³⁵. Achterliggend schuilt de idee dat het privaat recht een kader dient te verschaffen voor de vrije individuele en familiale ontplooiing van oordeelskundige contracterende *bourgeois*, waarbij aan het publiekrecht de taak toekomt om juist deze leefwereld te beschermen tegen 'willekeur'. Het civielrecht zoals we dat kennen uit de ons door Napoleon

³⁰ P. Ricœur schrijft dat de aansprakelijkheidsregeling van de *Code Civil* de fout en de straf dissocieerde, maar zij behield nog de band tussen de fout en de schadevergoedingsplicht, aldus baart de codificatieperiode de *depenalisering van de de fout*; P. Ricœur, *Le juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, 58.

³¹ Zie het zeer kritisch overzicht van doctrinale pogingen uit die periode om het foutbegrip toe te lichten: R. Pirson & A. De Villé, *o.c.*, 120-171.

³² "Il est clair, en effet, que le sentiment moral (indifférence à l'égard de la parole donnée) qui a entraîné la rupture unilatérale d'un contrat (faute civile) n'est pas d'une qualité différente de celui qui a provoqué l'abus de confiance (faute pénale)", Th. Lévy, *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979, 84. Dezelfde oefening doet Lévy met betrekking tot diefstal en door nietigheden aangetaste contracten. Zie tevens op p. 102 "(O)n se félicite de la perfection atteinte par le Code de 1804 où *'l'évolution capitale est achevée : la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale est une notion définitivement acquise'*" (citaat uit Mazeaud en Tunc, n.v.d.a.). Mais où était, s'il vous plaît, la frontière entre le fait dont serait saisi le tribunal civil et celui qui entraînerait une comparution devant la juridiction répressive ?"

³³ In dat verband kan natuurlijk worden gewezen naar de criminalisering van landloperij gedurende de 19de eeuw. Uiteraard voelt men hier de impact van het marxistische denken over criminalisering zoals dat in het bekende artikel van Karl Marx over de houtdiefstallen tot uiting werd gebracht; hierover zie J. Christiaens, *De geboorte van de jeugddelinquent*, Brussel, VUBPress, Criminologische studies 1, 1999, 81-90.

³⁴ Th. Lévy, *o.c.*, 71.

³⁵ "Or comme le fait remarquer G. Tarello, le primat donné au droit privé, siège du droit naturel présenté comme un système de lois scientifiques qui sanctionnent des qualités et des rapports naturels, sur le droit public, concentré arbitraire de lois humaines qui soulignent des qualités *arbitraires*, n'est pas sans portée politique et sociale: en filigrane se trouve soulignée l'idée que le droit naturel, la raison écrite des Romains, et la raison divine, bref le droit *raisonnable*, est celui qui sanctionne l'état et les rapports de la bourgeoisie contractante"; Y. Cartuyvels, *o.c.*, 89.

overgelaten wetboeken is, in deze zienswijze, '*bourgeoisie* recht' in de zin dat het bescherming biedt aan de waarden van deze sociale laag die zich ver weg waant van alle kleinschalige willekeur en bijgevolg in beginsel ook niet met het strafrecht in aanmerking komt, tenzij als slachtoffer³⁶. De stelling dat het civielrecht, inclusief het aansprakelijkheidsrecht, het speelterrein vormt van een bepaalde sociale laag vindt vandaag ten dele voedsel in de recente wetten in Nederland en België waarbij de dertigjarige verjaringstermijn van schadevorderingen aanzienlijk werd teruggeschoefd in het belang van de verzekeraar en de kostenbeheersbaarheid voor onder meer de verzekeringssector en de medische sector³⁷.

Een min of meer sluitend criterium om beide aansprakelijkheidssystemen in de praktijk te onderscheiden vormt de aard en de regeling van de sanctie³⁸. In de burgerlijke aansprakelijkheid staat de schadevergoeding als sanctie centraal³⁹. Uitgangspunt is het zoveel mogelijk ongedaan maken van het onrecht door de schadeloosstelling van de benadeelde. Dat is natuurlijk iets heel anders dan het reageren op onrecht door te straffen, wat in het strafrecht centraal staat (*infra*). Uit dit verschil in karakter van de sanctie volgt dat de strafrechtelijke aanspraken op de dader vervallen door diens dood, terwijl de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, die immers gericht is op het ongedaan maken van de gevolgen van het onrecht, overgaat op de erfgenamen van de dader. Het verschil verklaart tevens waarom bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de hoogte van de aanspraak bepaald wordt door de hoogte van de veroorzaakte schade, ongeacht of de normschending gelegen was in de zware overtreding van een fundamentele norm dan wel in een zeer lichte maar net verwijtbare onzorgvuldigheid⁴⁰.

6. Over de eigenheid van het strafrecht.

Het strafrecht plaatst bepaalde gedragingen onder de bedreiging van een straf. In die zin stelt het grenzen aan de vrijheid van het individu door de fundamentele verboden *-les interdits fondamentaux-* te bepalen⁴¹. Of met de woorden van Mireille Delmas-Marty: "Punir pour établir des bornes. Lieu d'élection des grands interdits fondateurs, le droit pénal aurait pour fonction essentielle d'instituer la société en restaurant, par la peine, les valeurs offensées par

³⁶ *Ibid*, 89 : "Un siècle plus tard, la codification en France viendra consacrer cette priorité de nature accordée par Domat au droit privé *bourgeois*. La pièce maîtresse de la codification française sera un *code civil bourgeois* qui prenant ses distances avec les premiers élans révolutionnaires, n'hésitera ni à recourir à la *raison écrite* du droit romain ni à naturaliser les intérêts qu'il protège. Le rôle dévolu au Code pénal de 1810 -ce droit arbitraire destiné à prolonger le droit naturel si l'on reprend les catégories de Domat- sera de protéger les valeurs naturelles de l'ordre social bourgeois incarnées par la famille,, la propriété et l'échange, dans un code civil qui s'affiche comme *oeuvre de la raison*".

³⁷ Kritisch over deze nieuwe termijnen: C.J.H. Brunner, 'Verjaringsrecht in de knoop', *RM Themis*, 2001, nr. 8, 243-249 (voor Nederland) en P. De Hert, 'De mechanistische activiteit van het Hof van Cassatie betreffende de strafrechtelijke verjaringstermijnen en de wetgevende activiteit tot wijziging van de burgerrechtelijke verjaringstermijnen', *Recente Arresten van het Hof van Cassatie (Rec. Cass.)*, 1997, 5, 235-255 (voor België). De nieuwe wetgeving in België wordt onder meer besproken door: I. Claeys, 'De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning', *Rechtskundig Weekblad*, 1998-1999, 377-403..

³⁸ B. Knottenbelt & R.A. Torringa, *o.c.*, 112.

³⁹ "La responsabilité civile est absolument dégagée de tout caractère pénal: son objet est la réparation du préjudice; la personne lésée doit être remise dans le *statu quo ante*"; R. Pirson & A. De Villé, *o.c.*, 12.

⁴⁰ B. Knottenbelt & R.A. Torringa, *o.c.*, 112.

⁴¹ A. Garapon & D. Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, 94-98.

le crime et d'instituer l'homme par le repérage des limites"⁴². Voor 't Hart, die hiermee voortbouwt op de proefschriften van Glastra van Loon en Ter Heide, fungeert de straf in twee betekenisstelsels: enerzijds is zij normatief in de zin dat zij de in het gedrag gestelde norm ontkracht; anderzijds, eerder materieel nu, bestaat zij uit leedtoevoeging⁴³.

Dit laatste aspect mag kenmerkend voor het strafrecht worden genoemd. Het gaat in het strafrecht om het opleggen van sancties met een welbepaald karakter. De functie van het strafrecht is *straffen* of het opleggen van leed aan een overtreder⁴⁴. Deze evidentie wordt soms uit het oog verloren. Strafrecht is het rechtsgebied dat legitiem *punitief* optreden door de staat mogelijk maakt⁴⁵. Ook andere takken van het recht, zoals het handelsrecht en het administratief recht, kennen sancties. Denken we maar aan de nietigheden en de mogelijkheden tot beslag. Bij het strafrecht is er evenwel sprake van wat Garraud 'contrainte directe' noemt, waarmee hij wil aangeven dat de sancties van het strafrecht 'zwaarder' zijn dan deze opgelegd in andere rechtsdomeinen⁴⁶. In het strafrecht komt de macht van de staat inderdaad erg brutaal tot uiting. Garapon en Salas noemen het strafrecht daarom ook "le droit le plus barbare et archaïque de tous"⁴⁷, terwijl Françoise Tulkens dit rechtsgebied een "caractère odieux" toeschrijft⁴⁸. Welke doelstelling of functie ook aan de straf wordt toegemeten, dat het juist om *straffen* gaat verleent aan het strafrecht een bijzondere positie⁴⁹: de straf treft het Westerse subject in zijn meest essentiële prerogatieven; zij vertegenwoordigt de meest radicale legitimeerbare inbreuk op de individuele vrijheid door een Staat die veel machtiger is. Voor De Peuter vormt dit niet alleen een empirisch gegeven dat vandaag onverminderd geldt (ook al vermindert de intensiteit van het leed als component van de straf en worden theorieën verdedigd die meebrengen dat straffen geen leed mag toevoegen), doch ook een normatief gegeven: *een leed moet het blijven, anders is het geen straf*⁵⁰. Zijn korte geschiedkundige terugblik die hem brengt bij de wetgeving van Hammourabi, de wetgeving van de Maya's en deze in de Nederlanden en Frankrijk toont aan dat er traditioneel zeer

⁴² M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Le Seuil/La librairie du XXe siècle, Paris, 1994, 29

⁴³ A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden' in A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 111.

⁴⁴ De straf is een leed dat met toepassing van de strafwet aan een overtreder wordt opgelegd. Cf. J. De Peuter, 'Het leed als hoofdcomponenent van de straf', in *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 70. De Peuter haalt Garraud aan: "La peine, c'est le mal que le pouvoir inflige à l'individu, déclaré, par jugement, coupable d'une infraction" (R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I, nr. 314). Of nog: "La sanction pénale consiste dans une atteinte infligée par l'autorité publique à la vie, à la liberté, aux biens et aux droits du délinquant", P. Pescatore, *o.c.*, 27.

⁴⁵ Vanuit die optiek blijft het opvallend dat er over de doelstellingen van de straf geen duidelijkheid te bespeuren valt: het doel van de straf is noch grondwettelijk noch wettelijk op eenduidige wijze bepaald. Waartoe de straf dient is integendeel aan van meet af aan, en zeker sinds de Verlichting, inzet van aanhoudende discussie, herinterpretatie en verwarring geweest. Rechters en wetgevers kunnen dus nogal vrij en arbitrair kiezen welke doelstellingen zij koppelen aan de straffen die zij uitspreken, respectievelijk voorzien. Onderzoek van Kristel Beyens in België en J. de Keijser Nederland bevestigen dit. Op deze thematiek wordt hier niet verder ingegaan; we hebben er wat aandacht aan besteed in S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*, 1067 et seq. Zie o.m. ook K. Beyens, *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussel, VUBPress, 2000, 526 p.; K. Beyens, 'Richting geven aan straftoemeting', *Proces* 2001, nr. 5/6, 67-75; B. Dayez, *A quoi sert la justice pénale?*, Brussel, Larcier, 1999, 210 p.; J.W. de Keijser, *Punishment and purpose: from moral theory to punishment in action*, Amsterdam, Thela Thesis, 2001, 216 p. en A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, 330 p.

⁴⁶ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1921 (dertiede uitgave), 3.

⁴⁷ A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 99

⁴⁸ Fr. Tulkens, "Des peines sans droit", *J.T.*, 1988, 577.

⁴⁹ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, *o.c.*, 3.

⁵⁰ J. De Peuter, *l.c.*, 84 & 88.

kwistig met leed werd omgesprongen. Zijn overzicht leert dat zo niet geopteerd werd voor de doodstraf, bijna steeds werd gekozen voor een straf die blijvend zichtbaar leed impliceert (afhakken lichaamsdeel, brandmerken, etc.). Aldus beoogt de straf in de regel een min of meer blijvende stigmatisering.

Net als in het civiele aansprakelijkheidsrecht vormt schuld (verwijtbaarheid, opzet) een constitutief element van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ons strafrecht is een *schuldstrafrecht*. De schuldvoorwaarde is evenwel niet sectorspecifiek (ze bestaat ook in het civielrecht) en is ook niet van alle tijden. In het primitief (Germaans en Romeins) recht was de notie van schuld afwezig; "le simple fait matériel du dommage engendre la réaction de celui qui le subit"⁵¹. Dat neemt niet weg dat de rol van schuld erg belangrijk is in het licht van het voorgaande. Het schuldig achten is een ter verantwoording roepen van de dader nadat deze een bepaalde waarde die men hoog in het vaandel draagt, heeft geschonden⁵². Via het opleggen van de straf wordt eerherstel gebracht aan de geschonden orde⁵³.

Het voorgaande neemt niet weg dat de schuld geen onderscheidend element is, daar hij een constitutief element vormt van de civiele foutaansprakelijkheid⁵⁴. Niet *schuld* of *schade(vergoeding)*, maar *leed* vormt het onderscheid tussen beide rechtstakken. Het strafrecht beoogt namelijk iets anders dan de vaststelling van een fout en een billijke schadevergoeding: het strekt tot het opleggen een straf wegens de schending van de norm als dusdanig, ongeacht de schade die daardoor wordt veroorzaakt⁵⁵. Het is daarom goed te beseffen dat het straffen het gedane onrecht niet herstelt. Er kan hoogstens een zekere genoegdoening geput worden uit het leed dat door de straf aan de dader toegevoegd wordt⁵⁶.

⁵¹ R. Pirson & A. De Ville, *o.c.*, 7.

⁵² J. Simenon, 'Strafrechtelijke schuld in het determinisme-indeterminisme debat', *Jura Falconis*, 1998-1999, Jaargang 35, nr. 3.

⁵³ S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.* Voor ons zenden strafrechtelijke instituten in de eerste plaats signalen uit naar de leden van de samenleving waardoor hun gemeenschappelijke betekenishorizon wordt gestabiliseerd. Deze functie vereist niet dat elk misdrijf wordt gestraft. Zie ook J. Simenon, 'Strafrechtelijke schuld in het determinisme-indeterminisme debat', *l.c.*. Deze auteur stelt in haar conclusie dat de bestraffing pas ten volle gelegitimeerd kan worden indien zij volgt op een schuldoordeel, waarbij ontegensprekelijk een vergeldend element speelt. Schuldaanwijzing is hierbij fundamenteel. "Slechts door een formeel aanwijzen en aansprakelijk stellen van de dader kan het strafrecht de schijnbare nood van het slachtoffer (n.v.d.a., zowel het individueel slachtoffer als het collectief slachtoffer) aan een bijna rituele erkenning van zijn emoties stillen en enkel op die manier kan er eerherstel worden bekomen. De concrete straf die aan de dader wordt opgelegd zal in dit eerherstel slechts een bijkomende rol vervullen".

⁵⁴ Om deze redenen kunnen we ook niet akkoord gaan met volgende uitspraak: "L'action en responsabilité est tout à fait distincte de l'action pénale et n'a plus pour but que la réparation du préjudice et non l'exercice de la vengeance"; R. Pirson & A. De Ville, *o.c.*, 11. 'Schuld' is het toerekenen van de daad en de daardoor veroorzaakte schade aan de dader. Via schuld wordt de dader van het misdrijf of van het quasi-delictueel feit een verwijt gemaakt. Hij wordt psychisch en moreel verantwoordelijk gesteld voor de nadelige gevolgen van zijn verkeerd handelen (B. Knottenbelt & R.A. Torringa, *o.c.*, 126). Via de toerekening van schuld wordt eerherstel van de geschonden orde of van de waarde van het slachtoffer beoogd. Aan schuldoordelen een vergeldend karakter ontzeggen miskent de werkelijke transactie die tijdens een proces, weze het strafrechtelijk dan wel civielrechtelijk, plaatsvindt. Cf. J. Simenon, 'Strafrechtelijke schuld in het determinisme-indeterminisme debat', *l.c.*, *in fine*.

⁵⁵ "(P)eu importe que cet acte prohibé par la loi pénale, parce que nuisible à la société, ait ou non causé un préjudice à un particulier. C'est la société qui frappe; elle ne se préoccupe que du dommage qu'elle a subi. (...) Tout autre est la responsabilité civile; elle suppose non plus un préjudice social, mais un dommage privé; la victime n'est plus la société entière, mais un particulier", H. Mazeaud & L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1931, 6.

⁵⁶ B. Knottenbelt & R.A. Torringa, *o.c.*, 112.

Het leedtoevoegend karakter van de straf, maakt dat het straf(proces)recht gevoeliger ligt dan welk ander rechtsgebied ook: het belichaamt het meest extreme middel waardoor een staat of samenleving zijn basisnormen en -evenwichten handhaaft. Daardoor is het vergeleken bij het burgerlijk recht ook meer stigmatiserend, meer aan procedurele- en legaliteitsvoorwaarden gebonden en meer gecontroleerd door rechtsstatelijke actoren. Net als het vanuit liberaal-Lockeaans perspectief niet minder ingrijpende belastingsrecht, is het straf(proces)recht publiekrechtelijk recht dat wordt gekenmerkt door twee essentiële beginselen: legaliteit en staatsmonopolie. Straffen moet bij wet zijn voorzien en alleen de staat kan op legitieme wijze straffen. Het strafrecht komt in de plaats van de mateloosheid en onverzadigbaarheid van de private wraak, die zodoende "wordt gekanaliseerd naar de maat van de politieke gemeenschap"⁵⁷.

Als gevolg van zijn bijzondere en extreme taakstelling en zijn stigmatiserend karakter wegen op een strafrecht dat legitiem wil zijn, een reeks *sectorspecifieke* rechtsstatelijke voorwaarden. Binnen een relationeel recht is "het strafrecht (...) een *bijzondere* vorm van samengaan van ordening en daaraan inherente individuele rechtsbescherming"⁵⁸. Deze specificiteit van het strafrecht in een democratische rechtsstaat, heeft twee bijkomende implicaties.

De eerste implicatie is de *autonomie* van het formele en materiële strafrecht. Deze autonomie is het gevolg van de eigen *punitieve* doelstelling van het strafrecht. Het strafrecht is een autonoom rechtsgebied dat juist hierop berekend is. En omgekeerd staat "(d)e wijze waarop het strafrecht is afgebakend en georganiseerd (...) voor een institutionalisering van waarden en idealen die aan de democratische rechtsstaat ten grondslag liggen en die specifieke gevolgen meebrengen voor de manier waarop de overheid *punitief* in het leven van de burgers mag ingrijpen"⁵⁹. Als gevolg hiervan -en dit is voor ons een harde principiële stelling- kan een democratische rechtsstaat niet legitiem straffen, dan via normen en procedures van strafrechtelijke aard, en dus van normen die precies beantwoorden aan de waarden en toetsstenen van het strafrecht. Omgekeerd betekent het voorgaande -alweer zeer principieel- dat conflictoplossingen en -afhandelingen waarbij het doel niet of niet langer is te straffen, voor ons niet of niet langer in het strafrecht thuishoren. Indien het strafrecht het meest barbaarse rechtsgebied is dan is het tijd om het maximaal te "civiliseren", d.w.z. het zoveel als mogelijk naar het burgerlijk recht over te hevelen (cf. *infra*)⁶⁰.

De tweede implicatie van de bijzondere positie van het strafrecht in het recht is zijn *ultimum remedium*-karakter. Het strafrecht is de *ceinture de force* van het recht: het zou slechts moeten tussenbeide komen om de ergste schendingen van de andere rechtstakken te sanctioneren⁶¹. Het *ultimum remedium*-principe impliceert dat een democratische rechtsstaat zich niet kan veroorloven kwistig om te springen met strafbaarstellingen en straffen. Dit betekent dat de wetgever bij de beoordeling van de strafwaardigheid en strafbaarstelling van bepaalde daden

⁵⁷ A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', *l.c.*, 115. Vgl. R. Garraud, *Précis de droit criminel*, o.c., 25-26.

⁵⁸ A.C. 't Hart, 'De autonomie ...', *l.c.*, 248 (onze cursivering).

⁵⁹ *Ibid.*, 249.

⁶⁰ A. Garapon & D. Salas, o.c., 99

⁶¹ *Ibid.*, 5.

zuinig en terughoudend moet optreden⁶², en dit wel vanuit het bijzondere gegeven dat elke strafrechtelijke veroordeling veel sterker dan bijvoorbeeld een burgerrechtelijk vonnis, een fundamentele aantasting betekent niet alleen van de individuele vrijheid van de betrokkene maar ook van het algemeen belang waarvan die deel uitmaakt Inderdaad : "Incriminer (...) (c)'est (...) un acte hautement symbolique, en principe réservé au Parlement. Un acte que le Parlement ne devrait accomplir qu'avec prudence et parcimonie, après mûre réflexion : la loi pénale comme *ultima ratio*"⁶³. Strafrecht is per definitie schaars recht.

7. De pénalisation staat haaks op de eigenheid van het strafrecht

Tegenover deze principiële omschrijving van het strafrecht als schaars, zuinig en *last recourse* recht staat de vaststelling van een internationale tendens van een grote en overmatige toename van penaliteit in onze samenlevingen. Deze aangroei is ongetwijfeld te wijten enerzijds aan een *inflatie aan strafbepalingen* en anderzijds aan een *overbevraging* van het strafrecht vanuit de samenleving⁶⁴. Deze ongecontroleerde proliferatie van strafrechtelijke normen en de verbroekeling van het strafrecht die zij in de hand werken werden door 't Hart kritisch in verband gebracht met een louter beleidsmatig of instrumentalistisch gebruik van het strafrecht in de verzorgingsstaat⁶⁵. Garapon en Salas omschrijven deze evolutie kernachtig als de *pénalisation* van de samenleving.

Voor Delmas-Marty is het duidelijk: "(p)resque partout le droit pénal est saisi d'un frénétique mouvement de criminalisation qui paraît exprimer davantage l'échec du droit existant et l'angoisse de quelque oubli, la peur d'être pris en flagrant délit de non-incrimination, plutôt que la volonté de construire de nouvelles références selon un principe de raison"⁶⁶. De genoemde *strafrechtelijke inflatie* rijst natuurlijk de vraag naar een herwaardering van het *ultimum remedium* beginsel⁶⁷. En uiteraard ligt in het verlengde hiervan een pleidooi voor minder nieuwe penaliseringen en voor zoveel mogelijk depenalisering. Het strafrecht moet opnieuw het rechtsgebied worden waarin alleen de overschrijding van fundamentele verboden en normen wordt aangepakt. Tot de straf moet alleen toevlucht worden genomen, wanneer alle andere sociale mechanismen en banden gesprongen zijn⁶⁸.

⁶² "Terughoudendheid op legislatief vlak moet de regel zijn. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgaande wettelijke strafbepaling (artikel 7 Grondwet en artikel 2 Sw.). De wetgever moet dus een optimale terughoudendheid in acht nemen bij de incriminatie van de gedragvormen"; A. De Nauw, 'Bedenkingen over de hiërarchie van waarden in het bijzonder strafrecht', *R.W.*, 1978-1979, 639-640.

⁶³ M. Delmas-Marty, *o.c.*, 33.

⁶⁴ Hierover meer uitgebreid in S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.* 1067 et seq.

⁶⁵ Zie o.a. A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus*, *o.c.*, 76-111.

⁶⁶ M. Delmas-Marty, *o.c.*, 33.

⁶⁷ Hieraan weze toegevoegd dat de strafrechtelijke inflatie niet alleen te wijten is aan de stijging van het aantal incriminaties, maar ook in verband kan worden gebracht met de gestage uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid ?* Arnhem, Gouda Quint, 1993, 61 p.

⁶⁸ Dat het strafrecht het *ultimum remedium* is, betekent wellicht niets anders dan dat de straf het ultieme sociale bindmiddel is. Het straffen herbevestigt de symbolische orde, maar zorgt er tegelijk voor dat de gestrafte in het sociale weefsel -zij het dan aan zijn grens- wordt gehouden. Cf. A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 128-129: "La peine est l'ultime lien social qui subsiste quand tout les autres ont lâché. C'est une violence fondatrice qui seule rend à nouveau possible de réinscrire les individus dans un rapport de responsabilité. Il y a un vieux fond sacrificiel dans la peine qui ne doit pas être négligé si l'on veut l'ouvrir à une fonction de réintégration sociale. Cela expliquerait que l'on y ait davantage recours au fur et à mesure que le lien social devient incertain".

Het tweede aspect, met name de huidige *overbevraging* van het strafrecht, is in belangrijke mate⁶⁹ het gevolg van een toegenomen mondigheid van de burgers, en in het bijzonder de slachtoffers en slachtofferverenigingen. Delmas-Marty heeft het over de "irresistible promotion de la victime"⁷⁰, Garapon en Salas over "l'irruption de la victime"⁷¹, Garland over "the return of the victim"⁷², Pech over "la victimisation de la scène pénale"⁷³ terwijl Huyse stelt dat een "ware slachtoffercultuur" is ontstaan⁷⁴. Dit ligt in de lijn van een groeiende en internationaal verspreide kritiek op het strafrecht waarin het misdrijf vooral wordt ervaren als een aanslag tegen de rechtsorde en het slachtoffer naar de achtergrond wordt verwezen⁷⁵. Feit is wel dat het aantal burgers dat geen genoegdoening meer vindt in het rechtssysteem zoals het nu werkt steeds groter wordt. En daar zijn goede redenen voor precies omdat het strafrecht weinig ruimte laat voor bejegening van het slachtoffer. Als gevolg hiervan is de politieke betekenis van de claims van de slachtoffers sterk toegenomen en politiek vertaald geworden. Hun eis tot participatie in het strafproces heeft zeer zeker te maken met de "meer algemene tendensen van individualisering en juridisering: de burger wenst als mondig individu te worden gerespecteerd -ook de burger die slachtoffer is van een misdrijf- en heeft steeds minder vertrouwen dat een alwetende overheid zijn belangen naar behoren zal behartigen"⁷⁶.

8. De verwatering van het schuldconcept in het aansprakelijkheidsrecht ...

Toch blijft de vraag overeind waarom slachtoffereisen *nu juist* uitkristalliseren⁷⁷? Deze vraag verwijst ons naar het burgerlijk recht⁷⁸. O.i. beroepen slachtoffers zich vandaag de dag op het strafrecht, omdat het burgerlijk recht hen niet (meer) geeft wat ze verlangen, met name de aanwijzing van een schuldige of een verantwoordelijke. Dit kan verwonderlijk heten daar de schuld een belangrijke rol speelt in het regime van *fout-* of *schuldaansprakelijkheid* dat

⁶⁹ Andere oorzaken van de overbevraging van het strafrecht zijn praktisch (in strafzaken wordt het onderzoek gevoerd en het bewijs verzameld door de politiediensten) of van procedurele aard (strafzaken schorsen burgerlijke zaken). Zo worden in België door middel van de burgerlijke partijstelling niet zelden strafvervolgingen ingesteld om burgerlijke procedures - echtscheidingen, erfenissen, huurgeschillen, ... - lam te leggen via de regel 'le criminel tient le civil en état'.

⁷⁰ M. Delmas-Marty, *o.c.*, 25.

⁷¹ A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 16.

⁷² D. Garland, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford U.P., 2001, 11.

⁷³ A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *o.c.*, 109.

⁷⁴ L. Huyse, *De opkomst van de Calimero's. Over verantwoordelijkheid in de politiek*, Leuven, Van Halewyck, 1999, 73.

⁷⁵ Een gelijklopende analyse is te vinden bij 't Hart: "De laatste decennia is de aandacht voor het slachtoffer toegenomen. De redenen daarvan zijn voornamelijk van rechtspolitieke aard: zoals het contrast tussen de grote inspanningen die werden verricht voor de resocialisatie van de daders, en de geringe aandacht voor het slachtoffer"; A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', *l.c.*, 117.

⁷⁶ C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, 'Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw' in C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *o.c.*, 8. Hierover zie ook S. Gutwirth, K. Raes & D. Roef, 'Redactioneel. België: een rechtsstaat met vormgebreken. Een proeve tot interpretatie van de Belgische rechtsstaat en van de tendensen tot zijn instrumentalisering', *Recht en kritiek*, 1997/1, 3-15.

⁷⁷ Vanuit een langere termijn perspectief is de beweging van de slachtoffers en de thematisering van hun positie in het strafrecht van zeer recente datum vergeleken bij de leeftijd van het moderne strafrecht. En dit geldt overigens zowel in Continentaal Europese als in Angelsaxische landen, want ook daar is het slachtoffer niet noodzakelijk betrokken bij het strafproces. In principe kan iedere burger er de *prosecution* op gang brengen. Hoe dan verklaren dat de slachtoffers pas tijdens de laatste 15 jaar een positie in het strafproces zijn begonnen opeisen?

⁷⁸ Uiteraard zijn meerdere verklaringen zijn mogelijk; hier belichten wij vooral een evolutie vanuit het perspectief van het recht.

tijdens de codificatie werd neergelegd (supra). Nu is uitgerekend dit *schuld*aspect gedurende de laatste 200 jaar op de helling komen te staan als gevolg van twee parallelle ontwikkelingen: enerzijds is er een tendens naar meer *risicoaansprakelijkheid* waarbij de schuldvereiste helemaal terzijde wordt geschoven, anderzijds zijn er, binnen de klassieke quasi-delictuele aansprakelijkheid, steeds meer expliciete mogelijkheden van toerekening buiten schuld ontstaan⁷⁹.

De eerste ontwikkeling is in de rechtstheorie al langer aan de orde⁸⁰. Zo heeft Michel Foucault in een belangrijk artikel mooi beschreven dat de negentiende eeuwse zoektocht naar de schepping van veiligheid en rechtszekerheid, ertoe heeft geleid dat in het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht de foutvoorwaarde steeds verder werd losgelaten ten bate van het risicobegrip. De industrialisering, de uitbreiding van het transportwezen, de verstedelijking, of, in het kort, de complexificatie van de maatschappelijke verhoudingen leiden in de tweede helft van de 19de eeuw tot de opkomst van verschillende vormen van aansprakelijkheid zonder fout. Hier ontstaat de schadevergoedingsverplichting omdat men heeft gehandeld, niet langer omdat men foutief heeft gehandeld. Het automatisme van de vergoeding bij de realisatie van een (al dan niet verzekerd) risico, komt in de plaats van het mechanisme dat de schadevergoeding koppelt aan de fout of schuld⁸¹. Positiefrechtelijk gesproken leidt dit tot de ontwikkeling van vele vormen van risicoaansprakelijkheid met begeleidende verzekeringssystemen op het vlak bijvoorbeeld van de arbeidsongevallen⁸², het milieurecht⁸³, het verkeer⁸⁴, het personenvervoer, het vervoer van gevaarlijke producten, de nucleaire energie, ...⁸⁵ Deze verschuivingen zijn, verweven met de ontwikkeling en omvorming van de liberale samenleving tot een verzorgingsstaat⁸⁶ en tot een veiligheids- of risicomaaatschappij⁸⁷.

⁷⁹ E. van de Walle, 'Het Hof van barmhartigheid. Over een geobjectiveerd aansprakelijkheidsrecht', *Jura Falconis*, 1997-1998, Jaargang 34, nr. 1; Ch. Radé, *l.c.*, 315.

⁸⁰ De nu volgende analyse wekt wellicht de indruk sterk schatplichtig te zijn aan een welbepaald Frans rechtstheoretisch gedachtengoed. Uit vele Nederlandse publicaties blijkt echter dat de analyse ook voor het Nederlandse recht relevant en pertinent is. Zie bv. R. Pieterman, 'Risicodenken in het recht. Een cultuurhistorische schets' in *Vraagstukken van milieurechtelijke begripsvorming*, R. Foqué & S. Gutwirth (eds.), Arnhem, Gouda Quint, Reeks SI-EUR 24, 2000, 219-259; J. Spier en C.H.W.M. Sterk & G.E. Van Maanen, 'Van schuld naar risico. Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht', in: *Aansprakelijkheden. Opstellen rond het thema Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer, Kluwer, 1990, 65-143.

⁸¹ M. Foucault, 'L'évolution de la notion d'individu dangereux' dans la psychiatrie légale', *Déviance et société*, 1981, 403-422.

⁸² Fr. Ewald laat de beschreven verschuivingen symbolisch aanvangen met de Franse wet op de arbeidsongevallen (1898); Fr. Ewald, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, 9: "Avec cette loi, un monde bascule. La société française assume le fait de l'industrialisation et reconnaît non sans angoisse, que cela la contraint elle-même dans sa morale, son droit, sa manière de penser".

⁸³ Hierover zie in S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken ...*, o.c., 407-409 (met de referenties).

⁸⁴ Zo schreef A. Tunc in 1964 dat "en matière d'accident de la circulation, la responsabilité individuelle a à peu près complètement disparue" en in 1965 dat een "conducteur d'un véhicule ne répond jamais du dommage qu'il cause à autrui par sa faute, si grave qu'elle soit. Il est obligatoirement assuré", geciteerd in Th. Lévy, o.c., 142.

⁸⁵ Nog illustraties zijn te vinden in G. Schamps, 'Le relâchement des liens entre les responsabilités pénales et civile. La mise en danger, distincte du principe de précaution', *Liber Amicorum du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 381-429.

⁸⁶ Cf. Fr. Ewald, o.c., 608 p.; Fr. Ewald, *Histoire de l'état providence*, Paris, Grasset, 1996 (1986), Le livre de poche - Biblio-essais LP12, 317 p. Ewald spreekt ook dikwijls van la *société assurancielle*.

⁸⁷ Cf. K. Raes, 'Een samenleving van onverantwoordelijken', *Justitiële Verkenningen*, 1999, vol. 25, nr. 5, 25-35. In een risicomaaatschappij wordt de opdracht tot risicobeheersing naar de overheid toegeschoven, want zij wordt als eerste aansprakelijk gesteld wanneer een risico zich actualiseert. De evolutie van onze samenleving tot

De liberale staat die overeenkomstig het beginselenpaar vrijheid-verantwoordelijkheid fouten sanctioneerde, metamorfoseert tot een staat die risico's, het scheppen van gevaar en "ongelukken"⁸⁸ tracht te beheren en te beheersen door systemen die de schadevergoeding vergemakkelijken, ja zelfs automatiseren⁸⁹. De gedachte van de maakbaarheid of beheersbaarheid van het sociale staan daarbij centraal⁹⁰.

Gevolg hiervan is dat, alleszins in de praktijk, de noties van *schuld* en *fout* in het burgerlijk recht sinds de tweede helft van de 19de eeuw zeer sterk aan belang hebben ingeboet. De schadevergoeding komt centraal te staan. Hierboven schreven we dat de *Code civil* de fout en de straf dissocieerde om alleen de band tussen de fout en de schadevergoedingsplicht te behouden. Met verwijzing naar P. Ricœur werd deze evolutie beschreven als de 'depenalisering van de fout'. Volgens dezelfde auteur wordt met de opkomst van risicoaansprakelijkheden alweer een volgende stap gezet: thans volstrekt zich het proces van de 'deculpabilisering van het aansprakelijkheidsrecht'⁹¹. Immers, het zwaartepunt van het aansprakelijkheidsgebeuren verplaats zich van de persoon van de aansprakelijke, naar het belang van het slachtoffer bij een accurate schadevergoeding.

Bij deze ontwikkeling rijst natuurlijk de vraag in welke mate het handelen nog met verantwoordelijkheid verbonden blijft. Voltrekt zich hier niet, op paradoxale wijze, een verregaande 'deresponsabilisering' van het handelen⁹²? En heeft de beschreven evolutie niet tot (pervers en paradoxaal) gevolg dat juist door de uitbreiding van de sfeer van de risico's, de

risicomaatschappij is vooral het gevolg van technologische ontwikkelingen, die de nood doen gevoelen om een volstrekt andere invulling te geven aan het klassiek aansprakelijkheidsbegrip: "De hoogtechnologische maatschappij dringt een volstrekt andere invulling op van de notie *aansprakelijkheid*, omdat men die technologieën niet langer meer als een verlengstuk van de menselijke persoon kan zien. Hun reikwijdte is heel wat ruimer en dieper, zodat de mens veeleer een verlengstuk wordt van de technologie. Maar hoe zit dat dan met het aansprakelijkheidsdenken, waarin het causaal verband tussen fout en schade nog steeds centraal staat? Het probleem is immers dat een kleine fout een buitenproportionele schade kan aanrichten, die men de betrokkene noch moreel, noch materieel volledig kan aanrekenen. Vooreerst is hij het immers niet die verantwoordelijk is voor de grootschalige reikwijdte van zijn fout: die reikwijdte wordt door de technologie gedictéerd. En zelfs indien dit wel het geval zou zijn heeft die fouttoerekening niet de veronderstelde implicaties, gezien de betrokkene niet in staat is de aangerichte schade te vergoeden"; *ibid.* 25-26.

⁸⁸ Het begrip 'ongeluk' (*accident*) is essentieel in die zin dat een ongeluk niet langer aan een verantwoordelijke dader wordt toegeschreven (het is het noodlot !), maar het slachtoffer in het middelpunt plaatst: de schadevergoeding is niet meer zozeer een sanctionering van een fout, dan wel een sociaal gevolg van het ongeluk. "(L)'accident renvoie en effet d'avantage à la société, à travers ses objets (l'accident de la route), ses techniques (l'accident médical), ses machines (l'accident du travail) ou ses activités mêmes (l'accident écologique) qu'à la faute humaine (...) Du même coup, les techniques de réparation se perfectionnent et la réparation-sanction se double d'une réparation-garantie avec l'apparition et le prodigieux développement de l'assurance et des fonds d'indemnisation publics et privés qui permettent la socialisation des dommages et la répartition des risques et, sans abolir le hasard, rendent l'accident plus supportable en réintroduisant l'humaine équité. L'idée d'une responsabilité sans faute devient alors acceptable"; M. Delmas-Marty, *o.c.*, 25-26

⁸⁹ "Le paradigme de la solidarité vient contester et remplacer le paradigme libéral de la responsabilité"; Fr. Ewald, "La société assurancielle", *Risques*, nr. 1, juin 1990, 14.

⁹⁰ A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus*, *o.c.*, 96. Vgl. "Risico-maatschappijen zijn dan ook tegelijk verzekerings-, ja zelfs veiligheidsmaatschappijen, die uitgebreide controlesystemen vergen om risico's vroegtijdig op het spoor te komen en om ze te bezweren"; K. Raes, 'Een samenleving van onverantwoordelijken', *l.c.*, 25.

⁹¹ "Tout ce passe comme si la dépenalisation de la responsabilité civile devait aussi impliquer son entière déculpabilisation"; P. Ricœur, *Le juste*, *o.c.*, 58.

⁹² Vgl. K. Raes, 'Een samenleving van onverantwoordelijken', *l.c.*, 30-33.

zoektocht naar een verantwoordelijke -een persoon, een rechtspersoon- prangerder en groter wordt⁹³?

De tweede ontwikkeling heeft betrekking op de verwatering van de schuldvoorwaarde in de burgerlijke aansprakelijkheid zelf⁹⁴. Onder het oorspronkelijke regime van de schuld- of foutaansprakelijkheid is er slechts sprake van aansprakelijkheid, indien de dader 'schuld' heeft (moreel laakbaar heeft gehandeld). Vrij en redelijk als het individu is, had het ook anders kunnen handelen. De dader is m.a.w. niet alleen juridisch schuldig, doch ook moreel. Deze schuldvoorwaarde wordt ten dele afgebouwd, omdat er nood is aan een aansprakelijkheidssysteem waarin de reparatie automatisch en gemakkelijker volgt op het schadegeval⁹⁵. Zo zien we strengere zorgvuldigheidsnormen opduiken (objectivering van de fout: "wat een ervaren automobilist had moeten voorzien") en wordt de vereiste van subjectieve verwijtbaarheid verlaten⁹⁶.

Deze evolutie staat expliciet te lezen in de nieuwe tekst van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, die voor een belangrijk deel een codificatie van de rechtspraak sinds 1919 (Lindenbaum/Cohen) inhield. Volgens G. van Maanen is het begrip schuld zoals dat in het oude art. 1401 *BW* voorkwam in het nieuwe art. 6:162 *BW* "partieel uitgedreven": "(h)et is nu verbannen uit de hoofdregel van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en vervangen door het meer neutrale 'toerekenen'. Voor het schuldbegrip is nog slechts een bijrol weggelegd, als één van de gronden waarop een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend"⁹⁷. Het is onder het regime van art. 6:162 *BW* lid 3 inderdaad mogelijk om

⁹³ "Tout se passe, comme si la multiplication des occurrences de victimisation suscitait une exaltation proportionnelle de ce qu'il faut bien appeler une resurgence sociale de l'accusation. Le paradoxe est énorme: dans une société qui ne parle que de solidarité, dans le souci de renforcer électivement une philosophie du risque, la recherche vindicative *du* responsable équivaut à une reculpabilisation des auteurs identifiés de dommages"; P. Ricœur, *Le juste*, o.c., 59.

⁹⁴ Deze ontwikkeling werd helder aan de orde gesteld door het onderzoek van Carla Sieburgh op het vlak van de 'toerekening' in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Ook zij vertrekt van een historische analyse waarin de evolutie van de liberale naar de verzorgingsstaat en haar repercussies op het aansprakelijkheidsrecht centraal staan. Cf. C. Sieburgh, 'Toerekening ...', *I.c.* 182-189 en C. Sieburgh, 'Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000', *WNPR* 6450, 2001, 580-594 (i.h.b. op p. 586-588). Beide artikelen vormen een neerslag van haar in 2000 verdedigde proefschrift (C. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2000, Serie Recht en Praktijk, nr. 112).

⁹⁵ Sieburgh, 'Toerekening ...', *I.c.*, 185: "Toen als gevolg van de industriële revolutie de frequentie en de omvang van de schade toenamen, kwam de fundering van de aansprakelijkheid onder druk te staan. De beperkende werking van het moreel uitgelegde schuldbegrip stond op gespannen voet met het feit dat de maatschappelijke omstandigheden vroegen om een ruimer bereik van het aansprakelijkheidsrecht. Zonder dat stelling werd genomen tegen de morele uitleg van schuld, werd de reikwijdte van de aansprakelijkheid voor eigen gedrag veruimd met constructies zoals het vermoeden van schuld. Aan het bestaan van onrechtmatigheid werd, al dan niet weerlegbaar, de aanwezigheid van schuld verbonden (...) Vanaf het begin van de 20e eeuw werd schuld niet langer uitgelegd als morele laakbaarheid van de dader. Zij werd aangenomen zonder dat was vastgesteld dat de innerlijke gezindheid van de dader moreel laakbaar was. Ongemerkt ging hiermee samen dat op de persoon van de dader toegesneden elementen die geen betrekking hadden op zijn wil evenmin aandacht kregen. Een logische consequentie van deze ontwikkeling leek te zijn dat schuld als vereiste voor het bestaan van aansprakelijkheid ter discussie werd gesteld omdat de indruk ontstond dat kennis, kunde, ervaring en vaardigheden geen invloed meer hadden op de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad".

⁹⁶ Cf. het debat in de Belgische doctrine over de vraag of de door de wet verplicht gestelde 'aansprakelijkheids'verzekering ten behoeve van de zwakke weggebruikers, juridisch nog kan gekwalificeerd worden in termen van aansprakelijk. Men leze H. Cousy, 'De ontwikkelingen in het verzekeringsrecht (1964-2000)', *Tijdschrift Privaatrecht (TPR)*, 2001, 45.

⁹⁷ G.E. van Maanen, 'Om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen ...', o.c., 11.

schade ontstaan uit onrechtmatig gedrag, krachtens 'verkeersopvattingen' of de wet, buiten subjectieve schuld toe te rekenen⁹⁸.

Beide evoluties zijn van aard om het schuldprincipe van de foutaansprakelijkheid onderuit te halen. Voor het handelend subject is dat beperkende principe een lege huls geworden: bij gebeurlijke schade zonder fout, volgt er toch een vergoeding. Bepaalde auteurs zijn daarom van oordeel dat de tijd rijp is voor een conceptuele herschikking van het civiele aansprakelijkheidsrecht: zij pleiten ervoor de objectivering van de aansprakelijkheid te presenteren als een voldongen feit teneinde de handelende subjecten niet langer een valse geruststelling voor te houden⁹⁹. Wij geloven echter dat ook het slachtoffer in de huidige situatie wordt bedrogen, zij het dan niet financieel, doch moreel en psychologisch. Waar de oorspronkelijke quasi-delictuele aansprakelijkheid nog een afkeuring (of veroordeling van een 'fout') en een aanduiding van een schuldige of foute medeburger inhield, draait de hedendaagse onrechtmatige daad vooral rond de regelmaat en de omvang van de schadevergoeding¹⁰⁰. Men voelt natuurlijk goed wat onderweg verloren is gegaan: de (symbolische) schuldafrekening: "Wie juridische schuldig wordt bevonden hoeft dat daarom nog niet moreel te zijn, en omgekeerd, zodat aan juridische veroordelingen nog nauwelijks morele betekenis wordt verleend"¹⁰¹. Dit eroderend proces van het moraliteitsbesef wordt bovendien in de hand gewerkt door een bepaalde rechtspraak die niet in geld uitgedrukte schuldclaims afwijst, alsof deze niet in het civiele recht thuishoren¹⁰².

9. ... als oorzaak van de penaliteitstoename.

⁹⁸ C. Sieburgh, 'Toerekening ...', *l.c.*, 185. Overeenkomstig art. 6:164 *BW* is een geestelijke of lichamelijke handicap overigens geen bezwaar meer om een persoon toch aansprakelijk te stellen.

⁹⁹ Cf. de geschriften van Radé en van de Walle (*supra*).

¹⁰⁰ Vermelden we eveneens het fenomeen van de *verzekeringsmaatschappij* met zijn actuariële of verzekeringslogica waardoor eenieder, ten aanzien van schadegevallen financieel gedekt wordt door anderen, wat discussies over schuld en verantwoordelijkheid in de praktijk onnodig maakt. Dikwijls komt het niet eens meer tot eens *juridische* redenering of belangenafweging: schadegevallen worden vandaag de dag niet zelden geregeld of 'gearrangeerd' tussen verzekeraars, waarbij alles bij elkaar genomen, het gezamenlijk winst maken van alle verzekeraars op de rug van alle verzekerden doorslaggevend is en blijft. In John Grishams *The rainmaker* gaan cynische en amorele advocaten bij de spoedgevallen op zoek naar goed verzekerde slachtoffers van ongevallen, liefst met blijvend letsel, in de hoop een aanzienlijk percent van de soms astronomische schadevergoedingen op te strijken. Wat dreigt verloren te gaan in een 'verzekeringsmaatschappij' is het verantwoordelijkheidsgevoel ten aanzien van zichzelf en anderen bij de verzekerde. Over dit mechanisme van de *deresponsabilisering*, dat haaks staat op het mensbeeld waarop de leer van de onrechtmatige daad steunt: K. Raes, 'Een samenleving van onverantwoordelijken', *l.c.*, 30-33. Zie ook *supra*.

¹⁰¹ K. Raes, 'Een samenleving van onverantwoordelijken', *l.c.*, 33.

¹⁰² Zie G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert', *NTBR* 1999/2, 48. In dit geschrift, bespreekt van Maanen het 'shockerend' arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 1998 waarin de ouders van de in het ziekenhuiszwembad overleden driejarige Jeffrey terug naar huis worden gestuurd omdat het door hen gestelde belang "een zuiver emotioneel belang" is. Eisen die niet in economische termen of belangen worden verwoord, zijn onontvankelijk ... "(H)et enkele feit, zo schrijft van Maanen, dat men vastgesteld wil zien - op emotionele gronden - wat rechte is, (is) onvoldoende om bij de rechter ontvangen te kunnen worden. Hanengekraai dat tot slapeloze nachten leidt of bijenspat op de groentekas, het is allemaal voldoende om de rechterlijke macht (jarenlang) aan het werk te zetten. De dood van een kind en de vraag wie daar verantwoordelijk voor was, kennelijk niet. Is dat inderdaad wat ons privaatrecht voor de samenleving betekent?"; *ibid.* Voor van Maanen kan het niet zo zijn omdat het gewoonweg niet strookt met wat voor de ouders hier het belangrijkste is: "niet de bestraffing van de daders, niet de schadevergoeding, maar de erkenning van wat er gebeurd is en wie er verantwoordelijk voor was"; *ibid.* (onze cursivering).

Het voorgaande leert dat het burgerlijk recht in zijn huidige vorm faalt omdat het geen recht doet voorbij de schadevergoeding. Dat is nochtans wat slachtoffers eisen: zij eisen dat de verantwoordelijken of schuldigen worden aangewezen; zij eisen de erkenning van het lijden dat zij ondergingen¹⁰³. En juist om deze doelstelling -een duidelijke uitspraak over schuld en verantwoordelijkheid- te realiseren, keren zij zich vandaag de dag naar het strafrecht¹⁰⁴. Huyse spreekt in dat verband van een "rush naar de strafrechter"¹⁰⁵. Het strafrecht biedt inderdaad nog wat zij zoeken: het bezorgt een publieke -ja zelfs rituele- uitspraak over de schuld, het leidt tot een geïndividualiseerde toerekening van de schuld, het biedt het schouwspel van retributie en rechtzetting, het stigmatiseert, het wordt gevolgd door de pers, enzovoort ... Onder druk van de slachtoffers, van de publieke opinie en de pers, van de politiek (die alles te verdienen heeft bij sympathie van de slachtoffers) gaat het strafrecht de schuldzoekende en -aanwijzende taak van civiele recht vervullen¹⁰⁶. Zaken van burgerrechtelijke aard worden dan in een strafrechtelijke procedure aangekaart, wat steeds meer in de hand wordt gewerkt door de inflatie van strafbaarstellingen, waardoor beide soorten fouten steeds meer samenvallen¹⁰⁷.

Door het falende burgerlijk recht verschuift de bevraging van het recht dus richting strafrecht¹⁰⁸. Het hoeft geen betoog dat deze verschuiving haaks staat op het principe dat dit strafrecht slechts in extreme gevallen behoort te worden geactiveerd omwille van zijn zwaarwegend en stigmatiserend karakter voor de betrokken dader. Om de *pénalisation* tegen te gaan dient bijgevolg te worden ingegrepen in het strafrecht én in het burgerlijk recht, waarbij de hoger beschreven eigenheid en autonomie van het strafrecht als scherpe criteria worden gehanteerd. Zo het strafrecht van zijn eigenlijke doelstellingen wordt afgewend als

¹⁰³ C. Smit -de Vries, 'Spreekrecht voor slachtoffers; juridisch een stap voorwaarts, maar wordt het slachtoffer er ook beter van?', *NJB*, 3 augustus 2001, 1305. Ook Luc Huyse wijst op deze vraag naar de aanduiding van verantwoordelijken, zij het dan dat hij de nadruk legt op een zoektocht naar publieke personen of instanties die verantwoordelijk kunnen worden gesteld; L. Huyse, *o.c.*, 74.

¹⁰⁴ 'Faute de pouvoir trouver des *coupables* dans un droit civil où toute référence à la faute s'est progressivement évanouie, les victimes se retournent vers le juge pénal pour réclamer justice au delà de l'indemnisation'; A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 18.

¹⁰⁵ L. Huyse, *o.c.*, 123.

¹⁰⁶ Daarom kan men zich afvragen waarom, in de hierboven aangehaalde zaak, de ouders van Jeffrey hun claim niet strafrechtelijk hebben doen gelden (onvrijwillige slagen en verwondingen, schuldig verzuim, ...). Dat zou immers wél hebben kunnen leiden tot een aanduiding van de situatie en tot een rituele vaststelling van wat er nu eigenlijk is gebeurd. Bovendien zou het in principe vele voordelen hebben gehad : de politie voert het onderzoek, het gebrek aan geldelijk belang is irrelevant, ... O.i. speelt hierbij een grote rol dat Nederland de burgerlijke partijstelling niet kent en het OM niet kan verplicht worden bepaalde feiten verder te vervolgen (sepot). In België of Frankrijk zou dit wellicht wel zijn gebeurd

¹⁰⁷ Ph., Traest, 'De verjaring van de burgerlijke vervolging voortspuitend uit een misdrijf: de geschiedenis en de onzekere toekomst', *Rechtskundig Weekblad*, 1994-1995, 1328.

¹⁰⁸ Het is belangrijk hieraan toe te voegen dat de verwatering van de individuele schuldaansprakelijkheid ook al in het strafrecht toeslaat. Immers, het sociaal verweer en de daarbij aansluitende *actuarial justice*-tendens herleiden ook het strafrecht tot een instrument van maatschappelijk risicobeheer: steeds meer lijkt 'preventief' strafrechtelijk ingrijpen te worden gerechtvaardigd ten aanzien van een individu, een (statistische) groep individuen of een situatie die 'gevaarlijk' worden geacht (zij zijn een 'risico'), terwijl het strafrecht in theorie post factum dient te reageren op het opzettelijk gepleegde delict. Bijzondere maatregelen ten aanzien van 'hooligans', 'terroristen', 'sexuele delinquenten' of bepaalde 'risicobuizen' zijn hiervan goede voorbeelden. Deze tendens is onrustbarend omdat zij, tot in het strafrecht, arbitraire aantastingen van de individuele vrijheid en de mensenrechten mogelijk maakt. Strafrecht wordt dan preventief ingezet in het kader van normalisering en controle, eerder dan als een punitieve of represieve reactie op een opzettelijke transgressie. Hierover zie o.m. M. Foucault, *l.c.* en M. Delmas-Marty, *o.c.*, 19-25 ("De la culpabilité à la dangerosité").

gevolg van lacunes van het burgerlijke recht, dan lijkt het noodzakelijk opheldering te brengen door beide rechtsgebieden vanuit hun eigenheid met elkaar te confronteren, zodanig dat de 'grijze zone' die hun respectievelijke grenzen vervaagt, ja zelfs oplost, zou kunnen worden vervangen door in de helderheid opererende wissels. Strafrecht verschaarsen, burgerlijk recht heropwaarderen en vooral: beide strikt differentiëren. Dat is de piste die we willen verkennen.

10. Het strafrecht verschaarsen

Vanuit het hoger geschetst democratisch rechtsstatelijk perspectief behoort het strafrecht *marginaal* en *minimaal* te zijn ten aanzien van de andere rechtsgebieden. De strafwet moet zich bijgevolg beperken tot de criminalisering van daden die de grondwaarden van de samenleving opzettelijk schenden. Strafrecht zou veel uitzonderlijker moeten worden en gereserveerd voor grove schendingen van die (relationele) waarden die aan de basis liggen van een polyfone samenleving. Dat zou overigens meteen ook bijdragen tot een versterking van de *zichtbaarheid* van de fundamentele grenzen waarbinnen vrijheid in gelijkheid zinvol kan worden beleefd. Onze opvatting over het strafrecht als *ultimum remedium* of *schaars recht*, alsook ons pleidooi voor het terugdringen van dit rechtsgebied ten voordele van andere rechtsgebieden, zoals het burgerlijk recht, is bijgevolg niet abolitionistisch. Wij erkennen de nood aan strafrechtelijke - en dus bij uitstek publiekrechtelijke - rechtshandhaving en criminaliteitsbestrijding. Maar vanuit ons polyfonisch rechtsstatelijk denken, denken wij toch dat het strafrecht het minst goede juridische middel is om maatschappelijke problemen aan te pakken, zelfs al is de maatschappelijke vraag naar strafrechtelijke repressie erg groot.

Het strafrecht verschaarsen impliceert in de eerste plaats een doortastende depenalisering, hoe onpopulair en gedemodeerd deze stelling vandaag ook mag klinken. Voor deze depenalisering bestaat een inhoudelijke en een formele piste. De eerste piste gaat op zoek naar die normen die niet thuis horen in het strafrecht. Vanuit het primaat van de individuele vrijheid zou bijvoorbeeld gepleit kunnen worden voor een beperking van het strafrecht tot alleen vrijwillige en bewuste kwaadwillige handelingen die ook daadwerkelijk haaks staan op fundamentele geboden en verboden. Grote vraagtekens kunnen vanuit dit perspectief worden geplaatst bij de incriminatie van o.m. onvrijwillige handelingen, toxicomanie en talloze bijzondere strafbepalingen die quasi automatisch aan wetten worden toegevoegd teneinde hun naleving beter (?) af te dwingen (bv. strafbaar is het niet aangeven van een persoonsgegevensverwerking bij de bevoegde commissie, enzovoort ...). Ook rijzen heel wat bedenkingen bij de strafrechtelijke vervolging van personen die uit hoofde van hun positie de eindverantwoordelijke zijn maar die niet actief betrokken zijn geweest bij de verrichting van de misdrijven (bv. de vervolging van ministers of bedrijfsleiders, ...) ¹⁰⁹. Tenslotte hoeft het geen betoog dat de lange reeks overtredingen (de kleinste vergrijpen) in het Strafwetboek - historisch bestemd om het maatschappelijk verkeer van de *classes dangereuses* te

¹⁰⁹ A. Garapon spreekt in dit verband van 'crimes d'indifférence' of van 'l'indifférence criminelle'. Vanuit herstelrechtelijk perspectief pleit hij ervoor dit soort misdrijven wél in het strafrecht te houden: de afstand tussen slachtoffer en dader is, volgens Garapon, dan juist zo groot dat het herstelrechtelijk strafrecht ze wél moet confronteren; zie A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *o.c.*, 267-282 ("Les figures modernes du mépris"). Voor ons bewijst dit, zelfs al is het uiteindelijke doel van confrontatie en reparatie hetzelfde, juist het tegendeel, met name dat dit soort zaken in het burgerlijk recht thuishoren (zie *infra*). Zie ook J. de Hullu, *o.c.*

organiseren en niet zozeer om hen te bestraffen - met een pennestreek uit het strafrecht verwijderd kunnen worden¹¹⁰.

Problematisch bij deze eerste benadering is dat deze selectie van depenaliseerbare handelingen dient terug te vallen op een duidelijke explicitering van de selectiecriteria en de waarden waarop deze steunen¹¹¹. In een polyfonische waar(heden)pluralistische samenleving is dit begrijpelijkerwijs geen sinecure daar het recht er geen instrument mag worden van één cultureel, ethisch, etnisch, religieus, politiek, wetenschappelijk, mystiek of, zelfs, meerderheidsverhaal. Het komt er op aan de grenzen van de vrijheid en het pluralisme te duiden. Zo dient erop te worden toegekeken dat het (straf)recht, zoals 't Hart dikwijls heeft benadrukt, geen afbreuk doet enerzijds aan het bemiddelende karakter van het recht zelf, en anderzijds aan 'relationele' waarden die beantwoorden aan de dubbele binding van het project van de democratische rechtsstaat (bv. respect voor het anders-zijn, emancipatie, participatie, tolerantie, reciprociteit, proportionaliteit). Zo de polyfone democratische rechtsstaat dus gekenmerkt dient te blijven door een principiële seculiere 'neutraliteit' ten aanzien van wat eenieder in vrijheid van haar/zijn leven maakt, dan is die neutraliteit niet ingegeven door een gebrek aan waarden of door een waar(he)denrelativisme, maar juist door zijn pluralistische en democratische ingesteldheid. Het pluralisme zelf, en de daarmee gepaard gaande tolerantie en dialooggerichtheid, zijn de waarden die de rechtsstaat moet afdwingen. Omdat we evenwel geloven dat de meeste samenlevingen minder liberaal zijn dan wel eens wordt aangenomen¹¹², is het niet ondenkbaar dat de centrale waarden in ons betoog, met name de individuele vrijheid en het daarmee verweven pluralisme, niet door iedereen op dezelfde wijze serieus zullen worden genomen.

De tweede piste confronteert de wetgever (die zal moeten instaan voor de penalisering) met zijn eigen werk. In verschillende strafwetten -voor België kan bv. gedacht worden aan de zgn. voetbalwet en aan talrijke wetten uit de sfeer van het economisch strafrecht- wordt een systeem voorzien waarbij straffen in de regel subsidiair aan de orde is. De wetgever heeft in die gevallen immers een ander systeem van bestuursrechtelijke afhandeling ingebouwd dat bij prioriteit wordt toegepast. De overstap naar het strafrechtelijk systeem gebeurt op verzoek van de vervolgde burger dan wel automatisch wanneer deze niet reageert op de initiatieven of sancties voorgesteld of opgelegd door de administratieve overheden. In deze wetten, die typisch aangelegenheden betreffen die van belang zijn voor de organisatie van de

¹¹⁰ Over deze quasi-penaliteit die als een rode draad loopt doorheen alle codificaties uit de Moderniteit: Y. Cartuyvels, *o.c.*, 9, 14-16, 32, 86-87, 96, 161-166, 219, 230-232, 265-269, 285-289, 298, 346-369. De 'lichte' strafbaarstellingen van het Belgisch Strafwetboek, zoals deze bv. op het laten slingeren van gereedschap op straat, worden nooit toegepast. In functie van de maatschappelijke noodzaak -lees : als er pas 'echt' nood is aan strafbaarstellingen- wordt de strafmaat van deze kleine delicten verzwakt, zoals in België gebeurde in de Belgische voetbalwetgeving (vernielen van omheiningen). Hierover zie P. De Hert, 'De "kenbaarheid" van het strafrecht, babyvoeding en rechtsdwaling naar aanleiding van de nieuwe geneesmiddelenwet', *A.J.T.*, 1998-99, 677-680.

¹¹¹ Dit probleem rijst o.i. niet over de overtredingen. Over deze quasi-penaliteit, gericht op openbare ordehandhaving, bestond immers historisch reeds van meet af aan een consensus over hun oneigenlijk strafrechtelijk karakter dat niets te maken had met *les grandes violations des Loix*. Cf. Y. Cartuyvels, *o.c.*, 162

¹¹² Garlands beschrijvingen in *The culture of control* zijn hierover erg duidelijk : zijn brede en criminologisch ingegeven *history of the present* maakt erg duidelijk hoe weinig liberaal de Verenigde Staten en Groot-Britannië in werkelijkheid zijn. Zie D. Garland, *o.c.* De manier waarop in dezelfde landen, in de nasleep van 11 september 2001, aantastingen van de individuele vrijheid worden mogelijk gemaakt onder het mom van anti-terrorisme bevestigt Garlands punt op volstrekt ondubbelzinnige wijze.

verzorgingsstaat, heeft de wetgever dus zelf aangegeven dat het niet om fundamentele normen gaat die door het strafrecht moeten worden opgelegd. Integendeel, door de organisatie van een bestuursrechtelijk systeem geeft hij zelf aan dat het terzake niet gaat om normen die tot elke prijs moeten worden opgenomen in het strafrecht. Waar het hier nu niet over gaat, zijn de concrete beweegredenen van de wetgever om in dergelijk dubbel systeem te voorzien¹¹³. Wat telt is dat het strafrecht hier als subsidiair vangnet wordt opgevat ten voordele van een alternatief reguleringssysteem¹¹⁴. Precies deze afwending van het strafrecht van zijn oorspronkelijke kerntaak verklaart waarom er o.i. hier geen tastbare nood bestaat aan strafrecht. De depenalisering kan zonder probleem daar beginnen waar de wetgever ze zelf geïnstalleerd heeft ! Maar het moet dan wel gaan om een werkelijke depenalisering, en geen opportunistisch in elkaar schuiven van getrapte bestuursrechtelijke en strafrechtelijke regelingen

11. Het burgerlijk recht revaloriseren

De door ons voorgestane depenalisering dient gepaard te gaan met een (her)opwaardering van de civiele foutaansprakelijkheid, inzonderheid wat betreft de morele symboliek van verantwoordelijkheid en schuld. Toerekening van schuld in de morele en symbolische betekenis is voor vele slachtoffers minstens even belangrijk als het bekomen van een schadevergoeding. Zo het burgerlijk recht in staat wordt gesteld om op accurate wijze de 'foute' gedraging aan te wijzen en daaraan, voor het slachtoffer, een materiële schadevergoeding te verbinden, zal de druk op het strafrecht verminderen. Dit impliceert wellicht dat in het burgerlijk recht weer meer aandacht behoort te gaan naar de verantwoordelijke voor de schade, dan naar deze laatste zelf. Misschien is het ook tijd om - in tegenstelling tot de breuk die de Franse revolutie op dat vlak wou bewerkstelligen - weer af te stappen van een onbepaalde en algemene regeling van de aansprakelijkheid om te komen tot de uitwerking van bijzondere aansprakelijkheidsregelingen voor bepaalde professionele of maatschappelijke groepen zodat duidelijker wordt wat in welke omstandigheden van een tegenspeler kan verwacht worden (cf. de medische wereld, de voedingsindustrie, de administratie, de handelswereld, de wetenschappelijke wereld, enz.). Ook kan gedacht worden aan het doorbreken van de zogenaamde solidariteit tussen burgerlijke en strafrechtelijke fout, waarbij het voor een slachtoffer mogelijk moet zijn een procedure *niet* voor de strafrechter te brengen, maar wél voor de burgerlijke rechter¹¹⁵. Voorwaarde moet dan zijn dat deze keuze onherroepelijk is en dat het openbaar ministerie in naam van het algemeen belang hiertegen een vetorecht heeft (zie nog *infra*)¹¹⁶.

¹¹³ Vaak spelen louter praktische oogmerken of opstellingen, zoals onder meer mee de traagheid die aan het strafrechtelijke systeem wordt toegeschreven of de vaststelling dat de parketten teveel seponeren in een bepaalde aangelegenheid.

¹¹⁴ En dan hebben we het hier niet over het perverse effect dat het dwingend en dreigend effect van het strafrecht zodoende uitdeint tot in het alternatieve reguleringssysteem: als harde *backup* is het toch steeds aanwezig ... Zo functioneert de strafrechtelijke druk doorheen een reguleringsmechanisme dat niet beantwoordt aan de specifieke rechtsstatelijke criteria waaraan strafrechtelijk handelen moet voldoen.

¹¹⁵ Over de voor- en nadelen van deze (los)koppeling: A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1966, 314p.

¹¹⁶ Vanuit een slachtofferperspectief is het noch voor het individu als slachtoffer, noch voor de gemeenschap als slachtoffer van een misdrijf, nodig dat in elk geval vervolgd wordt. Een depenalisering (door doorverwijzing naar het burgerlijk recht) is bijgevolg een steeds in concreto nader te bekijken optie. Cf. J. Simenon, 'Strafrechtelijke schuld in het determinisme-indeterminisme debat', *l.c.*

Uiteraard gaat het hier maar om enkele suggesties. Wat betreft de revalorisatie van het burgerlijk recht is nog een lange en complexe weg af te leggen. Het enige dat we hier willen bereiken is het uitzetten van bakens. Wij zijn er met name van overtuigd dat zowel de verwachtingen van slachtoffers als de ideeën die aan het herstelrechtelijke denken ten grondslag liggen (de erkenning van het gebeurde en de rechten en vrijheden die erdoor werden geschonden, de heropbouw van wederzijds respect tussen de betrokkenen en het zelfrespect van het slachtoffer, de confrontatie met het leed van de ander, enz.) juist in het burgerlijk recht kunnen en moeten worden verwezenlijkt. Hier staan de partijen, eiser en verweerder -dader en slachtoffer- immers tegenover elkaar in een adversaire situatie die een werkelijke afweging van rechten en belangen toelaat. De rechter kijkt hierop toe en zorgt dat dit binnen de grenzen van het recht geschiedt zodat de gelijkheid van de partijen wordt gewaarborgd: machtige en vermogende slachtoffers of daders mogen hieruit geen voordeel halen, proceswaarborgen en fundamentele rechten en vrijheden dienen te worden gerespecteerd, ... Op die elementen komen we verder nog terug.

Onze analyse van de interactie tussen het civiele recht en het strafrecht situeert zich -zo zal de lezer zeker hebben opgemerkt- vooral op conceptueel vlak. Hoe de historische verschuiving van burgerlijk recht naar strafrecht zich in kwantitatieve termen precies heeft afgespeeld, daar hebben we geen systematische empirische gegevens over. Wel zijn we ervan overtuigd dat talrijke conflictsituaties en feitenconstellaties -verkeersongelukken, faillissementen, onzuivere handelspraktijken, gevallen van lichamelijke schade of overlijden, ...- die zowel in burgerrechtelijke als in strafrechtelijke termen kunnen worden gelezen, steeds meer in deze laatste lezing belanden. Ongetwijfeld weegt hier ook een belangrijk rechtssociologisch element : het burgerlijk recht is sinds de 19de eeuw voor de gewone burger relatief duur en het vraagt grotere bewijsinspanningen, terwijl het strafrecht in principe gratis is en veel minder bewijsinspanningen vergt omdat de politie die levert.

Toch is het hoe dan ook zo, en dat is o.i. de kern van de zaak, dat er praktisch voor elke civielrechtelijke fout wel een pendant kan worden gevonden van strafrechtelijke aard. Vanuit conceptueel perspectief is dit naast elkaar bestaan van twee overlappende systemen alles behalve wenselijk, te meer daar deze systemen zowel naar aard als finaliteit uitgesproken van elkaar verschillen. Dat het strafsysteem als schadevergoedingssysteem voor de armen of gemiddelden beter functioneert dan het burgerlijk recht mag dan wel voor het slachtoffer voordelen hebben, voor de aangeklaagde is dit allerm minst het geval omdat het strafrecht, vanaf de het moment van verdenking, veel meer stigmatiseert dan het burgerlijke recht. Bovendien kan men zich, samen met M. Foucault en Th. Lévy, terecht de vraag stellen of het niet eerder een groot schandaal is dat uitgerekend het repressieve en stigmatiserende strafrecht functioneert als beheerder van illegalismen wanneer het om de sociaal zwakkere bevolkingsgroepen gaat, terwijl het meer consensuele burgerlijke recht dat doet wanneer conflicten binnen de gegoede "bourgeoisie" aan de orde zijn. Wij zijn er hoe dan ook vóór om de zaken om te keren: als sociaal-economische motieven de verklaring vormen voor de groei van het stigmatiserende strafrechtssysteem, dan dienen de oorzaken van deze groei in het andere, betere, want niet stigmatiserende burgerrechtelijke systeem te worden weggewerkt. Wellicht ligt hier de prioriteit voor wederopbouw of verbetering van de justitie. En vandaar dat we, naast ons pleidooi voor de conceptuele en procesmatige opwaardering van het burgerlijk recht, ook voorstander zijn van de wegname van de sociaal-economische en culturele drempels die de toegang tot de burgerlijke rechter bemoeilijken. Zo lijkt het niet onverdedigbaar de politie te belasten mee te werken aan de verzameling van bewijsmateriaal in burgerrechtelijke gedingen.

12. Het slachtoffer in het straf(procesrecht)recht

Wat voorafgaat heeft uiteraard repercussies op onze positie in het debat over de rol van het slachtoffer in het strafproces. Zoals we in een eerdere bijdrage schreven¹¹⁷ heerst er in het Westerse strafrechtsdenken terzake een klassieke terughoudendheid (die wij tot op zekere hoogte delen). Het bestraffingsproces volgt op de overschrijding van een fundamenteel geachte maatschappelijke norm, wat een zaak is tussen de staat -die trouwens het geweldsmonopolie in handen heeft- en de verdachte. Het strafrecht heeft derhalve een bij uitstek publiekrechtelijk karakter¹¹⁸. Het is bedacht om de willekeur en emotionaliteit van de private wraak of vergeldingsdrang te ontwijken. Daarom is het in onze cultuur juist gebaat bij een republikeinse distantie, een permanent besef van zijn eigen drastische karakter, en een rechtsstatelijke en *faire* behandeling van de verdachte burger die tenslotte de hele macht van de staat over zich heen krijgt gegoten. De straf wordt door de *staat* opgelegd aan de *verdachte* in naam van het herstel van de symbolische orde en van het *algemeen belang*, waarin ook het belang van het slachtoffer vertegenwoordigd en verdisconteerd is. Dit toont aan dat er goede redenen bestaan om het de rol van het slachtoffer in het strafrecht te beperken.

Niettemin heeft de door slachtoffers en slachtofferverenigingen uitgeoefende politieke druk al opmerkelijke verschuivingen teweeggebracht¹¹⁹. Zo is in België al een hele weg afgelegd op het vlak van de strafrechtelijke slachtofferparticipatie¹²⁰. Deze beweging, die ver buiten de Belgische grenzen reikt, is verre van evident. Hier gebeurt immers iets merkwaardigs: waar het continentale strafrecht, historisch en theoretisch gesproken, van een private schade een publieke zorg maakte, dreigt nu precies het omgekeerde te gebeuren. Nu lijkt de staat zich nog alleen maar te kunnen legitimeren door verwijzing naar gekrenkte private belangen ... "L'Etat ne se substitue plus au victimes mais s'identifie à elles. Le mouvement historique est inversé : ce n'est plus tant la loi commune qui est blessée que le corps meurtri de la victime. Si auparavant on faisait de chaque préjudice privé une affaire d'Etat, à présent l'Etat se justifie en se mettant au service des souffrances privées"¹²¹.

Niettegenstaande het voorgaande zien we toch twee argumenten om een bepaalde vorm van participatie van het slachtoffer aan het strafproces grondslagentheoretisch te onderbouwen. Het eerste argument is principieel en werd recentelijk door 't Hart uitgedokterd: in een relationele rechtsopvatting staat de strafrechtelijke rechtshandhaving in het teken van de

¹¹⁷ Opnieuw vallen we hier terug op stukjes tekst uit S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*, 1079 et seq.

¹¹⁸ Cf. A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', *l.c.*, 115 (met verwijzing naar Pompe). 't Hart nuanceert deze stelling enigzins en wij zullen dat verder ook doen.

¹¹⁹ Een apotheose in deze beweging vormt het kaderbesluit van de Europese Unie inzake de positie van slachtoffers in het strafproces. Cf. M.S. Groenhuijsen, 'Hervorming van het strafprocesrecht met het oog op de belangen van het slachtoffer: "We ain't seen nothing yet"', *D&D*, 2001, 645-653.

¹²⁰ Al langer kenden we de klacht met burgerlijkepartijstelling, de voeging van de eis tot schadevergoeding aan de strafvordering en de rechtstreekse dagvaarding, maar onder druk van de Dutroux-crisis en de 'witte mars' kwamen daar nog de bepalingen van de Wet Franchimont van 12 maart 1998 bij: een inzagerecht in het dossier, het recht bijzondere onderzoeksdaden te vorderen en de mogelijkheid om langdurige onderzoeken te onderwerpen aan de controle van de Kamer van Inbeschuldigingstelling.

¹²¹ A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 22. Anders gesteld : "The victim is no longer an unfortunate citizen who has been on the receiving end of a criminal harm, and whose concerns are subsumed within the 'public interest' that guides the prosecution and penal decisions of the state. The victim is now, in a certain sense, a much more representative character, whose experience is taken to be common and collective, rather than individual and atypical" D. Garland, *o.c.*, 11

handhaving van de rechtsorde waarin eenieders individuele rechtsbescherming, dus niet alleen die van de verdachte maar ook die van het slachtoffer aan de orde zijn¹²². Aldus komt vanuit het rechtsbegrip zelf het slachtoffer een eigen plaats toe in het strafrechtelijke gebeuren. Hiermee is ongetwijfeld een fundamentele grondslag gegeven aan een positie van het slachtoffer, maar wat dit concreet impliceert vloeit niet exact uit deze rechtsopvatting voort.

Uit deze visie kan alleszins niet worden afgeleid dat de positie van het slachtoffer in het strafproces vergelijkbaar is met deze van de verdachte¹²³. Het slachtoffer wordt hier zeker niet de nieuwe of vervangende grondslag van het strafrecht. Het strafproces kan alleen legitiem zijn indien de rechtsbescherming van de verdachte en zijn rechten van verdediging voldoende gewaarborgd zijn. Die mogen niet in het gedrang komen door erkenning van de belangen van het slachtoffer. Een strafprocesrechtelijke positie voor het slachtoffer kan daarenboven uiteindelijk slechts via een omweg, op getrapte wijze, grondslagentheoretisch worden beargumenteerd. Inderdaad: het strafproces wordt gevoerd in naam van het algemeen belang en de handhaving van een rechtsorde, waarin *ook* de rechtsbescherming en individuele vrijheid van het slachtoffer vertegenwoordigd zijn. In die zin moet men aanvaarden dat de eventuele behartiging van belangen van het slachtoffer in het strafproces onrechtstreeks zal zijn dan de rechtsbescherming van de verdachte tegen wie het wordt gevoerd¹²⁴.

Een tweede argument voor de erkenning van een (beperkte) rechtspositie voor het slachtoffer in strafzaken ligt vervat in ons pluralistisch concept van de waarheidsvinding¹²⁵. Het is inderdaad zo dat de constructie van de waarheid in een zaak, net zoals in de wetenschappen, gebaat is bij de confrontatie van zoveel mogelijk relevante interpretaties van de werkelijkheid, gaande van de meest subjectieve tot de meest afstandelijke. Slechts wanneer een verhaal, door mobilisering van een maximum aan materie (hard bewijs), argumenten (interpretaties) en personen (getuigen, experts, bondgenoten, vijanden, derden ...), stand houdt tegen een maximum aan afwijkende verhalen, kan het gaan functioneren als waarheid of als 'feit'. Naar analogie dient te worden aanvaard dat de interpretatie van het gebeuren door het slachtoffer -zijn verhaal, zijn visie en zijn bewijsmateriaal, hoe gekleurd die ook zijn- ook elementen kan aandragen die het waarheidsvindingsproces kunnen vooruit helpen. Vanuit deze optiek lijkt het verschijnen van het slachtoffer als getuige aangewezen en zou het recht om te worden gehoord, kunnen worden erkend. Ook lijkt het verantwoord om aan het slachtoffer de mogelijkheid te geven bijkomende onderzoekshandelingen te vragen: dat kan leiden tot een evenwichtiger samenstelling van het dossier.

Ons eerder minimalistisch standpunt met betrekking tot de positie van het slachtoffer in het strafrecht houdt ook verband met ons pleidooi voor een verscherping van de verhoudingen tussen strafrecht en burgerlijk recht. De grondslag voor de participatie van het slachtoffer aan het strafrechtelijk gebeuren ligt niet (zozeer) in de schade die het lijdt, dan wel in de inbreuk

¹²² A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 280-285 en A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', *l.c.*, 116-119. Het is overigens voor een in de Nederlandse taal geschoolde jurist erg verwarrend om in *Et ce sera justice* van Garapon, Gros en Pech de uitvinding van een 'justice relationnelle' vast te stellen die niet strookt met het relationeel rechtsbegrip van Foqué en 't Hart, maar volledig aanleunt bij het herstelrechtelijk paradigma waarin het 'metaforische slachtoffer' (Bouttelier) gaat functioneren als enige legitimatie van het strafrecht. Op dit denken gaan we verder nog in.

¹²³ A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', *l.c.*, 117-119.

¹²⁴ Wat dit concreter, vertaald in 'slachtofferrechten', voor ons betekent staat te lezen in S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*, 1080-1086.

¹²⁵ Hierover meer in *ibid.*

op diens rechten en vrijheden als burger en als lid van de rechtsorde¹²⁶. De schadevergoedingsproblematiek is voor ons, zeker vanuit het perspectief van een gelijktijdige verschaarsing van het strafrecht en een opwaardering van het civiele aansprakelijkheidsrecht, een burgerrechtelijke aangelegenheid¹²⁷.

13. Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken

Hierboven stelden we al dat een democratische rechtsstaat schaars met straffen moet omspringen en bovendien dat zij niet legitiem kan straffen dan vanuit een strafrechtelijk referentiekader. Gevolg hiervan is dat het strafrecht, binnen de smalle speelruimte die dan voor punitief ingrijpen overblijft, het exclusieve monopolie op het straffen heeft. De idee zelf van een legitieme strafoplegging buiten het strafrecht om moet dan ook worden afgewezen. Hiermee hebben we meteen gezegd dat we geen voorstanders zijn van een uitzaaiing van *strafbevoegdheid* buiten de grenzen van het straf(proces)recht, bijvoorbeeld in de richting van het bestuursrecht. Zulke evolutie dient niet te worden aangemoedigd maar teruggedrongen¹²⁸. Eenzelfde terughoudendheid kenmerkt onze positie ten aanzien van de huidige vormen van buitengerechtelijke afdoening van strafzaken, waarmee we in hoofdzaak verwijzen naar de transactie en het voorwaardelijk sepot, die (in hoofdzaak) door het OM kunnen worden overwogen binnen het kader van een lopende strafprocedure¹²⁹. De buitengerechtelijke afdoening van strafzaken functioneert bijgevolg wel degelijk onder de koepel van het strafrecht of, zoals Cleiren schrijft, in de 'schaduw van het recht'¹³⁰: een behandeling door de strafrechter wordt nooit uitgesloten. In de praktijk functioneren deze 'consensuele' buitengerechtelijke afdoeningsmechanismen binnen het 'publiekrechtelijke' kader van het strafrecht. Achter -en eigenlijk 'doorheen'- het zachte werk van bemiddelaars met

¹²⁶ Cf. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen, R.U.G., 2000, 38 en R.S.B. Kool, 'Op zoek naar de grens. Een verkenning van de positie van het slachtoffer in het strafproces' in C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 158-161.

¹²⁷ *Contra*: M.S. Groenhuijsen, 'Hervorming van het strafprocesrecht', *l.c.*, 653.

¹²⁸ Een louter bestuursrechtelijke afdoening van penale zaken valt immers niet te rijmen met de autonomie, de eigenheid en de bijzondere rechtswaarborgen van het strafrecht. De vervaging van grenzen tussen het strafrecht en het bestuursrecht (maar ook tussen het strafrecht en het privaatrecht, *supra*) staat haaks op de manier waarop een democratische rechtsstaat met straffen behoort om te gaan. Zo de wetgever vindt dat bepaalde materies bestuursrechtelijk kunnen worden afgehandeld dan dient deze redenering in al zijn consequenties te worden doorgetrokken: dan is de materie eigenlijk al gedepenaliseerd (cf. *supra*). Zij behoort alsdan niet meer tot de penale maar wel tot de administratieve contentieux: de wissel is al in zijn stand gewijzigd en er kan dan juridisch gesproken niet meer worden 'gestraft'. *Contra*: G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis*, 2000/3, 83-96. Zie overigens de kritiek van 't Hart op de positie van Knigge in A.C. 't Hart, 'De autonomie ..., *l.c.*

¹²⁹ Cf. A. Hartman, 'Buitengerechtelijke afdoening in verhouding?' in C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 189-204. De buitengerechtelijke afdoening van strafzaken dient ongetwijfeld gesitueerd te worden in het kader van de ontwikkeling van vormen van *alternative dispute resolution* of *mediation* waarbij beide partijen hun geschil bijleggen met behulp van een derde, *zonder* beroep op de rechter. Deze situaties komen in een een volgend hoofdstuk aan de orde.

¹³⁰ C.P.M. Cleiren, 'De andere kant van het gelijk. Strafgeding of mediation', *Justitiële Verkenningen*, 2001/3, 122-143 en A. Hartman, *l.c.*, 189-204

psychologische en sociaalwetenschappelijke achtergronden blijft de strafrechter waken met zijn harde bevoegdheid tot straffen¹³¹.

Opnieuw worden we geconfronteerd met een situatie van grenserving en samen- of overloop, eerder dan een ondubbelzinnige taakverdeling. Niet alleen zullen er in de praktijk serieuze vragen rijzen met betrekking tot het werkelijk vrijwillige karakter van een transactievoorstel dat uitgaat van een Officier van Justitie die de strafrechtelijke vervolging achter de hand houdt, maar ook komen door de strafrechtelijke inbedding van de *mediation* zowel de rollen van de deelnemers als de aard van de discours die zij voeren op losse schroeven te staan¹³². Overigens, en voorbij de vraag of dit wenselijk zou zijn, is het niet zo dat in deze situatie van samenvloeiing van strafrecht en hulpverlening, de vrijwilligheid van de hulpverlening zijn stempel drukt op het strafrecht. Het omgekeerde gebeurt: de dwang van strafrecht metastaseert zich in de hulpverlening, waardoor deze wordt geperverteerd en *net widening* optreedt.

Van belang is niet zozeer het invoegen van consensuele elementen in het strafrecht, dan wel het duidelijk onderscheiden van wat strafrechtelijk is en wat niet. Inderdaad, uit de overtuiging dat sommige strafrechtelijke zaken buitengerechtelijk kunnen worden afgehandeld vloeit o.i. logisch depenalisering voort. Want dan is er klaarblijkelijk geen behoefte meer aan publiekrechtelijke/symbolische normstelling laat staan aan punitief optreden (leedtoevoeging). Natuurlijk betekent dit niet dat geweldplegingen of diefstallen zomaar als categorieën uit het strafwetboek kunnen worden gelicht. Toch is het zo dat vele geweldplegingen en diefstallen, in functie van de precieze en volledige context van elke casus, ongetwijfeld beter af (zouden) zijn met een consensuele afhandeling die minder traumatiserend is voor de dader en die het slachtoffer in zijn waardigheid herstelt. Blijft echter de vraag of de maatschappelijke en symbolische orde daarmee gebaat zijn?

Onze opvatting van de straf¹³³ laat toe ook dit gegeven te contextualiseren: niet elke schending van de strafwet dient te worden vervolgd -zo fragiel is de symbolische orde nu ook weer niet-, het volstaat dat het kán. Een depenalisering van *de zaak* moet bijgevolg ook kunnen, indien hierover op een bepaald punt van de penale procedure een ondubbelzinnige principiële overeenstemming ontstaat tussen de dader, het slachtoffer en het OM (dat moet oordelen of bestraffing in dit geval maatschappelijk nodig is). Maar daarom dient de zaak nog niet volledig te worden gedejuridiseerd. Integendeel, na de consensusbeslissing van dader, slachtoffer én OM om de zaak te depenaliseren, dient deze o.i. *onherroepelijk* te worden verwezen naar burgerlijke rechtspleging (die ondertussen wordt/werd opgewaardeerd). *De*

¹³¹ Tot welke perverse effecten zulk continuüm waarin de hulpverleningssector en het strafrecht met elkaar verweven zijn, kan leiden, hebben we beschreven met betrekking tot het Belgische jeugdbeschermingsrecht en de Belgische collocatiewetgeving, S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken ...*, o.c. 259-335. Zie ook C. Alexander & S. Gutwirth, "Pendelbewegingen of schijnbewegingen? De dwangopname van geesteszieken in evolutief perspectief" in *Te gek voor recht? De geesteszieke tussen recht en psychiatrie*, C. Alexander & S. Gutwirth, *Tegenspraak Cahier nr. 17*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 37-87. Over de problematiek van de verhoudingen tussen de zachte sector, het strafrecht en de samenleving, zie St. Cohen, *Visions of social control. Crime punishment and classification*, Cambridge/Oxford, Polity/Basil Blackwell, 1985, 325 p.

¹³² "Het strafgeding, zo schrijft Cleiren terzake, is een statelijke, juridische reactie; de mediation een meer sociologische, maatschappelijke. Waar deze beide gaan overlopen, omdat er geen muren tussen die velden zijn opgetrokken, gaan juridische en andere maatschappelijke normen, oplossingsmethodes, sancties en begrippen vervloeien. Recht, moraal en fatsoen gaan door elkaar lopen. (Juridische) normering kan daardoor diffuus worden en een totalitair karakter krijgen"; C.P.M. Cleiren, *l.c.*, 138.

¹³³ De straf herstelt de geschonden symbolische en normatieve orde, stigmatisering van de veroordeelde is daar altijd een effect van; cf. S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*, 1067 *et seq.*

facto is de zaak dan immers een burgerrechtelijke kwestie van schadevergoeding geworden. Vandaar dat we een onherroepelijke verwijzing naar de burgerrechtelijke rechter voorstaan en géén dejuridisering of buitengerechtelijke afdoening in de schoot van het strafrecht. Een uitsluitend burgerrechtelijke afdoening van bijvoorbeeld een diefstal kán dan ook voor ons, wanneer er in de loop van de penale procedure hierover overeenstemming is tussen dader, slachtoffer en OM. Verder belet niets dat de burgerlijke rechter binnen de grenzen van het burgerlijk recht een door de partijen bemiddelde schaderegeling zou bekrachtigen. Zo wordt de burgerlijke rechter de ontbrekende schakel tussen strafrecht en buitengerechtelijke afdoening. Dit voorstel heeft vele voordelen: niet alleen vermijdt het de nefaste stigmatiserende karakter van het strafrecht voor de dader, de onmondigheid en vernedering van het slachtoffer en een *overdaad* aan strafrechtelijke vervolgingen, maar ook vangt het de gevaren en arbitrariteit op die verbonden zijn aan de buitengerechtelijke afdoening van conflicten.

14. Restorative justice : naar een vrije markt van schuld, leed, smart en wrok ?

Het zoëven besproken pleidooi voor buitengerechtelijke afhandeling treft men vaak aan bij de aanhangers van het herstelrechtelijke denken, *restorative justice* of *la justice réconstructive*¹³⁴. Dit denken is tegenwoordig in de lift en de ambities en verwachtingen zijn groot: *restorative justice* wordt voorgesteld als een nieuw penaal paradigma, een alternatieve 'derde weg' tussen de utilistische en het retributivistische perspectieven op het straffen. Heel in het kort komt het herstelrechtelijke denken erop neer dat het strafrecht wordt herbekeken en geproblematiseerd vanuit de optiek van slachtoffer en de -emotionele, sociale en materiële- schade die het heeft geleden. Het staat als een paal boven water dat de ontwikkeling van het herstelrechtelijke paradigma een ideale voedingsbodem vond in de slachtofferbeweging en zijn succes. In *restorative justice* is het doel bij uitstek het herstel van de slachtofferschade in al zijn aspecten: materieel natuurlijk, maar ook wat betreft zijn zelfrespect en de door het gebeurde geschonden banden. (De erkenning van) het lijden van het slachtoffer wordt het vertrekpunt, de ontmoeting tussen het slachtoffer en de dader het middel, en het herstel van de schade het doel. In principe, zo wordt toch gesuggereerd, kan het herstelrecht worden toegepast in alle gevallen die thans in het strafrecht aan de orde zijn, zowel voor 'kleine criminaliteit' als voor 'grotere'¹³⁵.

¹³⁴ Deze denkstroming staat vanuit grondslagentheoretische optiek nog in de kinderschoenen in de mate dat er nog onduidelijkheid bestaat over zijn krachtlijnen. Dat maakt een conceptuele en theoretische analyse niet eenvoudig. In wat volgt oriënteren we ons vooral op de invulling die aan het begrip wordt gegeven door de Leuvense hoogleraar L. Walgrave. Bij hem treffen we zeker een gedachtengoed aan dat vernieuwend mag worden genoemd. Ook A. Garapon, Fr. Gros en Th. Pech begeven zich o.i. - zij het dan op een 'wolligere' wijze - op hetzelfde pad. Zie A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *o.c.*, 330 p. (vooral dan het laatste hoofdstuk 'La justice reconstructive', geschreven door A. Garapon); H. Strang & J. Braitwaite (ed), *Restorative justice. Philosophy to practice*, Aldershot, Ashgate, 2000, 224 p.; L. Walgrave, *Met het oog op herstel. Bakens voor een jeugdsanctierecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 176 p. ; L. Walgrave, 'Herstelrecht en strafrecht. Duet of duel ?', *Justitiële Verkenningen*, 2001/3, 97-109 en de bijdragen in het *Panopticon* themanummer *Bemiddeling en herstel*, 2001/5, 403-523.

¹³⁵ De werkzaamheden van de Zuid-Afrikaanse waarheidscommissie onder voorzitterschap van Desmond Tutu enerzijds, en de geschillenbeslechting bij de Maori's van Nieuw-Zeeland worden in herstelrechtelijke pleidooien steevast opgevoerd als paradigmatische *cas de figures*. Op zich is dit al merkwaardig omdat het in deze twee voorbeelden juist gaat om *settings* die vanuit het perspectief van het dagdagelijkse strafrecht volstrekt atypisch zijn: aan de ene kant probeert een volledige natie in het reine te komen met een lang verleden van geweld, onrecht en misdaad, aan de andere gaat om heropleving van ancestrale geschillenbeslechting in weinig door de moderniteit beïnvloede kleine en traditioneel gestructureerde leefgemeenschappen. Het is maar zeer de vraag

In tegenstelling tot de reeds besproken buitengerechtelijke afdoening van strafzaken wordt het terrein van het strafrecht hier volledig verlaten: het herstelrecht speelt zich helemaal buiten de sfeer van het strafrecht af. Dat is consequent. Inderdaad: wie meent dat elke conflictsituatie per definitie buitengerechtelijk kan worden afgehandeld, ontkent daarmee de behoefte aan strafrecht en uiteindelijk ook aan recht *tout court*. Deze simpele logica achten wij onrealistisch en gevaarlijk. Onze stelling dat een verschaarsing van het strafrecht zich opdringt, is van een heel andere orde: wij komen op enerzijds voor een realistische afslanking van het aantal geïncrimineerde handelingen in functie van de herbepaling van de *interdits fondamentaux* en anderzijds voor een *vermindering* van de maatschappelijke vraag naar strafrecht (cf. supra). Deze problematisering van *restorative justice* is bij nader inzien niet verrassend. Immers, onze hierboven beschreven visie op het (straf)recht staat haaks op de drie essentiële uitgangspunten van de herstelrechtelijke ideologie, met name het gewicht dat aan het slachtoffer wordt gegeven, en het voortbouwen op de communautaristische ethiek en de abolitionistische criminologie¹³⁶. In de komende paragrafen worden deze drie uitgangspunten kritisch getoetst.

Primo, de claims van de slachtoffers. De mate waarin deze claims in rekening kunnen en moeten worden gebracht, kwamen hierboven al aan bod. Het relationele (straf)rechtsbegrip maakt er plaats voor, naast andere evenzeer te behartigen belangen en waarden, zoals de rechtsbescherming van de dader en de vrijwaring van de principes van polyfone democratische rechtsstaat die de mogelijkhedenvoorwaarden van de vrijheid van alle individuen (ook dader en slachtoffer) instaureert. Het strafrecht gaat bijgevolg hoegenaamd *niet* helemaal op in het slachtofferbelang, wat niet wegneemt dat we ons kunnen aansluiten bij de een reeks vaststellingen die aan de basis liggen van het herstelrechtelijke denken: zo aanvaarden we dat het slachtofferleed meer aandacht verdient; dat het confronteren en verzoenen van slachtoffer en dader een heilzaam effect kan hebben en dat het herstel van intermenselijke banden, vertrouwen en respect essentieel is voor de gezondheid en duurzaamheid van onze samenlevingen. Het komt er, voor ons althans, op aan deze elementen in te passen in de verworvenheden van wat we de polyfone democratische rechtsstaat noemen.

Secundo, het (normatieve) communautarisme. Dit gedachtengoed staat om verschillende redenen op gespannen voet met de polyfone democratische rechtsstaat die, zoals we al elders

wat hieruit kan worden afgeleid met betrekking een handtasdiefstal of een verkrachting in een anonieme grootstad als Brussel of Rotterdam.

¹³⁶ Deze drie elementen worden door de protagonisten van het herstelrecht zelf als fundamentele waarden naar voor geschoven. Zie o.m. L. Walgrave, *l.c.*, 97 en G.A.A.J. van den Heuvel, 'Een criminologische agenda voor strafrechtshervorming' in in C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 173-188

schreven¹³⁷, wij niet willen opgeven. Niet alleen staat het communautarisme in principe haaks op het pluralistische project -het aanvaardt immers dat substantiële (meerderheids)waarden worden opgelegd- maar tevens breekt het uitgerekend met een essentiële verworvenheid van de Verlichting, met name de mensenrechtelijke emancipatie en bevrijding van het *individu* ten aanzien van zijn familie, zijn stam, zijn Volk, zijn godsdienst¹³⁸, de tradities waarin het opgroeit en ga zo maar door¹³⁹. In de informele geschillenbeslechting in het kader van *family group conferences*, *local community pannels*, buurt- en stamvergaderingen, psychosociale hulpverlening, gezinstherapieën, sociale dienstverlening en kerkgemeenschappen schuilen altijd moralisme, paternalisme, ongelijkheid, irrationaliteit arbitrariteit en discriminatie. En juist deze kenmerken staan haaks op de rechtsbeschermende principes van het recht en het strafrecht¹⁴⁰. De vaak geformuleerde doelstelling van genoegdoening van de dader aan het slachtoffer waarbij schaamte een belangrijke rol speelt lijkt ons bovendien niet haalbaar¹⁴¹. Kortom : indien het herstelrechtelijke paradigma op gespannen voet staat met het polyfoon en seculier rechtsstatelijk rechtssysteem dan is dat ook verklaarbaar vanuit zijn communautaristische grondslagen.

¹³⁷ Verwijzen we de lezer hiervoor naar P. De Hert & S. Gutwirth, 'Editoriaal : Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme', *Panopticon*, 1998/4, 279-286; P. De Hert & S. Gutwirth, 'Tussen vrijheid en grondrechten. Een paradigmastrijd met blijvende actualiteitswaarde', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2000/3, 205-214; S. Gutwirth, 'Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif. Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes', *Revue de droit international et de droit comparé*, 1998/1, 23-78 (vooral op p. 36 et seq.) en S. Gutwirth, *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, The Hague, Rathenau Instituut/Otto Cramwinckel, 1998, 152 p. In de boekbespreking van P. Blok (in *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2000/2, 178-181) wordt Gutwirths *Privacyvrijheid !* mooi in de weegschaal gelegd met het uitgesproken communautaristische werk van A. Etzioni over privacy (A. Etzioni, *The limits of privacy*, New York, Basic Books, 1999, 280 p.)

¹³⁸ Het valt op dat veel herstelrechtelijke ervaringen godsdienstig zijn geïnspireerd; cf. A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *o.c.*, 249.

¹³⁹ Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat die *appartenances* empirisch worden ontkend, noch dat individuen niet de vrijheid hebben om zich te herkennen in bepaalde communautaristische waarden en daarnaar te handelen. Hiervoor beschikken zij over hun fundamentele vrijheden, dat is pluralisme. Wat we wél willen zeggen is dat het opleggen van substantiële gemeenschapswaarden erg problematisch is. Dit rijst uiteraard de kiese vraag naar de grens tussen 'relationele' en 'substantiële' waarden.

¹⁴⁰ Hierover zie E. Dumortier, "Over het herstel (van het) recht voor kinderen", *Panopticon*, 2001/5, 494-511

¹⁴¹ *Restorative justice* wordt vaak in verband gebracht met *shaming*-theories zoals die van Braithwaite (men leze hierover G.A.A.J. van den Heuvel, 'Een criminologische agenda', *l.c.*, 175). Schaamte is evenwel verweven met een besef van de overtreding van *geïnternaliseerde* regels. In onze veelkleurige en anonieme samenleving vormt schaamte bijgevolg een onrealiseerbaar doel, wat verklaart waarom het strafrecht lager mikt en het bij schuld houdt. Dit had Target al gezien in zijn *Observations sur le projet de Code criminel* : "Heureux les peuples ou la honte seule, la perte de l'honneur et de la considération, la crainte de rencontrer dans les yeux de ses concitoyens des signes de mépris ou d'une opinion défavorable, sont une punition redoutée !" in Locré, *o.c.*, tome 15 (1848), 10 (nr. 10). *Schuld* is m.a.w. de veroordeling door de gemeenschap. Iemand is schuldig (en voelt zichzelf schuldig) omdat hij externe, door de gemeenschap bepaalde regels, heeft overtreden. *Shaming* of 'iemand tot schaamte dwingen' is o.i. een *contradictio in terminis* en verwordt in de praktijk noodgedwongen tot pure vernedering (zoals het met bordjes 'ik ben een pedofiel' moeten rondlopen in de VSA). Verder lijkt een eventuele 'reïntegratieve werking' van schaamte alleen maar zinvol te kunnen worden beargumenteerd wat betreft kleinere gemeenschappen: daar kan een persoon via schaamte en berouw inderdaad terugkeren tot het sociale netwerk waarvan hij op niet-anonieme wijze deel uitmaakte. Maar zo'n reïntegratieve werking van schaamte is een volstrekte absurditeit in een anonieme grootstad: daar haalt *shaming* de betrokkene juist uit de anonimiteit en dit op een uitsluitend stigmatiserende wijze. De menselijke waardigheid vaart er alles behalve goed bij. Voor ons zijn alle variaties op het thema van de *shaming* het mensenrechtenrecht onwaardig.

Tertio, het abolitionisme. De opkomst van het slachtoffer en het herstelrechtelijke denken werken de privatisering van conflictoplossingen in de hand. In zekere zin wordt daarmee teruggekeerd naar datgene waarmee het strafrecht juist wou breken, met name de private wraak. Het strafrecht is juist een systeem dat wraak wil vermijden, gelijkheid tussen de partijen wil verzekeren en, last but not least, het monopolie van het wettig geweld bij de staat heeft gelegd. Thans wordt in herstelrechtelijke context echter nadrukkelijk gewezen op de positieve elementen van de wraak of wat Garapon, Gros en Pech, de *justice vindicative* noemen. Deze liggen vooral vervat in de horizontaliteit van de betrekkingen tussen betrokkenen: onder gelijken (de "vrije Germaanse mannen") kan immers niet worden gestraft. De betrokkenen staan tegenover elkaar in een positie van wederzijdse (h)erkenning: zij moeten hun geschil als gelijken oplossen. Pas wanneer een overheid wordt ingesteld -en dus verticale verhoudingen in het leven worden geroepen- kan het recht tot straffen ontstaan¹⁴². Deze evolutie kan men interpreteren als een proces waarbij de overheid conflicten aan de betrokkenen ontnemt of onteigent (cf. N. Christie), en zij komt dan ook in een problematisch licht te staan wanneer het systeem van de *justice vindicative* op een andere (Nietzscheaanse) manier dan de gebruikelijke wordt gelezen: de wraak als een erezaak waarin de tegenstander als gelijke wordt gerespecteerd; de wraak die zich onderscheidt van ressentiment, kwaadaardigheid, vernedering en haat¹⁴³. Een scherp probleem ontstaat dan wanneer het slachtoffer nog steeds om wraak roept, en het strafrecht dit juist niet wil realiseren. Ook 't Hart heeft dit probleem onderkend, zonder echter afstand te doen van het publiekrechtelijk karakter van het hedendaagse straffen. Samen met N. Frijda, wijst hij erop "dat oorspronkelijke behoefte aan wraak, zij het thans op het publieke niveau gekanaliseerd, niet mag worden ontkend of tot taboe gemaakt. De erkenning van wraak als oorspronkelijke basis van straf en de aanvaarding van geweld, op het niveau en naar de maat van de politieke gemeenschap, dragen juist bij tot eenheid en stabiliteit van die gemeenschap"¹⁴⁴. Kortom, er bestaan naast de rechtstheoretische redenen klaarblijkelijk ook goede sociaal-psychologische redenen om de slachtofferclaims *au sérieux* te nemen¹⁴⁵.

¹⁴² Zie hierover de boeiende beschrijvingen van M. Hildebrandt, 'Eenheid en verscheidenheid in de punitieve rechtshandhaving' te verschijnen in *Eenheid en verscheidenheid in recht en rechtswetenschap*, J. Gaakeer & M. Loth (eds), Arnhem, Gouda Quint, . Zo schrijft Hildebrandt: "Het ontbreken van een hiërarchische verhouding sluit het opleggen van straffen uit. De rechtshandhaving binnen de sibbe is consensueel en kan in beginsel door iedere vrije ter hand worden genomen. Private wraak naar aanleiding van een aantasting van de eer van een vrij man was dan ook de meest gebruikelijke vorm van punitieve rechtshandhaving. Ter voorkoming van vetes die het gemeenschappelijk leven in vergaande mate kunnen ontwrichten zal het ding aandringen op het zoenen van de wraak: de zoen is een overeenkomst tussen partijen waarbij de eer niet wordt hersteld door een punitieve wraakoefening maar door betaling van een *weergeld* aan de verwantschapsgroep van het slachtoffer. Private wraak en zoen zijn volgens Immink en Radbruch dus geen voorlopers van de overheidsstraf maar worden zodra zich overheden vormen nu juist verdrongen." Zie ook M. Hildebrandt, 'Slachtofferschap en legitimatie van het strafrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998/1, 39-54

¹⁴³ Zie de uitvoerige argumentatie in A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *o.c.*, 112-138 i.h.b. p. 132 waar Fr. Gros schrijft: "le vengeur n'obéit pas à une rage aveugle et méchante; il n'humilie pas l'autre ni ne le rabaisse, mais sa vengeance se dit plutôt dans les termes de la revanche fière qui fait de l'autre un rival plutôt qu'une proie offerte à son désir de détruire, enfin la vengeance n'est pas structurée par une logique de haine qui ronge et calcine la relation du vengeur à son adversaire, mais une logique d'échange qui les maintient unis dans cette opposition" *ibid.*, 132.;

¹⁴⁴ A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', *l.c.*, 115.

¹⁴⁵ Het is natuurlijk ook zo dat deze filosofisch (en wellicht ook sociologisch) relevante nieuwe benadering van het wraakgebeuren wat gemakkelijk abstractie maakt van de negatieve spiraal waarin het kan ontaarden. De literatuur, het toneel en de filmwereld zijn zeker niet zonder grondslag doorspekt met verhalen waarin het einde van de geweldspiraal niet in zicht komt (wat mooi aan het licht komt in een aantal bijdragen aan *Lettres et lois*.

Het herstelrechtelijke denken gaat o.i. evenwel te ver, doordat het geschade slachtofferbelang en zijn consensueel herstel tot enige legitimiteitscriteria worden verheven. Dan vervalt natuurlijk de nood aan (straf)rechtelijke handhaving en komen consensuele vormen van conflictoplossing die het waarmerk van *restorative justice* uitmaken, niet naast, maar in de plaats van het strafrecht. Tussen beide woedt een duel; er wordt geen duet gecomponeerd of gezongen¹⁴⁶. Dat is logisch, want het herstelrechtelijke denken vertrekt uitsluitend vanuit het morele en materiële belang van het slachtoffer, terwijl het strafrecht drie belangen probeert te verzoenen: dat van de dader, dat van de maatschappelijke orde waarin dat van het slachtoffer is verdisconteerd. Strafrecht is nodig omdat er meer dan private belangen aan de orde is; *restorative justice* daarentegen hoeft deze publieke dimensie van de normoverschrijding niet meer te zien omdat het zich volledig toespitst op het belang van het slachtoffer en zijn/haar confrontatie met de dader. Met *restorative justice* is het abolitionisme inderdaad de grondtoon¹⁴⁷. En dat abolitionisme strekt zelfs verder dan het strafrecht, het betreft ook het burgerlijk recht. Dit blijkt niet alleen uit de manier waarop het herstelrechtelijke denken de rol van het burgerlijk recht ontziet, het is eveneens consequent: de absolute focus op het slachtoffer en consensuele oplossingen, maakt elke dwingende juridische inmenging overbodig. De waarden die worden gehanteerd kunnen verschillen van geval tot geval, afhankelijk van dader en slachtoffer en de familiale, godsdienstige, culturele, psychosociale, etc. referentiekaders waarop beroep wordt gedaan. Het doet ons denken aan het ultraliberalisme van de meest extreme deregulering: er is maar één grondwet, deze van de markt. Zijn we met *restorative justice* dan echt op weg naar een vrije markt van schuld, bekentenis, leed, smart en wrok ?

15. Besluit

Actuele onderzoeksprojecten zoals *Strafvordering 2001* en *Legitieme straffvordering* wijzen op een drukke Nederlandse activiteit aan de rechtsgeleerde academische tekentafels¹⁴⁸. De erkenning van slachtofferrechten, buitengerechtelijke afdoeningsmogelijkheden en de ideeën van het herstelrechtelijke denken zijn daarbij duidelijk present. Hierbij valt evenwel snel op dat de betrokken onderzoekers zich beperken tot een reflectie over het strafprocesrecht als dusdanig. Het hertekenen van het strafprocesrecht, zo hoort men wel eens, is inderdaad vrij eenvoudig te noemen wanneer op onbevangen wijze wordt gekeken naar de problemen van de praktijk terwijl vastgebeitelde controverses worden gemedend.

Tot zo'n onbevangen houding zijn wij niet in staat (wat we wellicht ook al aan onze 't Hartiaanse vorming te danken hebben). Waar we in een andere bijdrage reeds de vinger hebben gelegd op politiek-antropologische factoren die begrenzen wat op de tekentafel mogelijk is¹⁴⁹, hebben we hierboven meer de nadruk gelegd op het belang van een brede grondslagentheoretische situering van de problemen waarmee het hedendaagse strafrecht

Le droit au miroir de la littérature, o.c. in het bijzonder deze over Von Kleist). In de wraak sluimeren inderdaad altijd "tendenties tot mateloosheid en onverzadigbaarheid"; *ibid.*

¹⁴⁶ L. Walgrave, *l.c.*, 107.

¹⁴⁷ Zeer inconsequent is bijgevolg het 'herstelrechtelijke' pleidooi voor het invoegen van buitengerechtelijke consensuele mechanismen *in* de schoot van het strafrecht.

¹⁴⁸ In verband met deze twee Nederlandse onderzoeksprojecten, zie S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

kampt. Het resultaat is dat er heel wat vragen rijzen waarvan het antwoord dient te worden gezocht buiten het enge rechtsgebied van het strafprocesrecht. Vanuit de relationele rechtsopvatting is dit alles behalve verassend te noemen: het recht is een complex en dynamisch netwerk van aan elkaar refererende regels, bundelingen van regels, actoren en betekenissen. Lokaal gewaande 'kleine' wijzigingen kunnen effecten genereren waar deze niet worden verwacht. Evoluties binnen het burgerlijk recht zoals de verwatering van de quasi-delictuele aansprakelijkheid en de schuldvereiste, liggen mee aan de oorsprong van problemen waarmee het strafrecht vandaag de dag te kampen heeft. Zowel de *inflatie van incriminaties* als de *overbevraging van het strafrecht* hebben oorzaken die - minstens gedeeltelijk - buiten het strafrecht te situeren vallen.

Wij hopen te hebben getoond dat een bezinning over de verhoudingen tussen het burgerlijk recht en het strafrecht niet alleen essentiële vragen doet rijzen met betrekking tot specifieke kwesties zoals de slachtofferrechten en de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken, maar ook verplicht tot een fundamentele reflectie over de plaats van respectievelijk het burgerlijk recht en het strafrecht in onze rechtsstatelijk opgevatte samenleving. Ook is gebleken dat de bestaande onvrede met de juridische structuren voor een stuk het resultaat is van de reductie van het schuldvraagstuk in het aansprakelijkheidsrecht tot een geldkwestie. De monetaristische instrumentalisering van het burgerlijk recht heeft het moreel te noemen verantwoordelijkheidsgevoel aangetast en het is ten eerste te vragen of hieraan geredigeerd kan worden op de tekentafels van het straf(proces)recht zonder dat het eigen karakter van dit rechtsgebied wordt gedenatureerd. Het ware o.i. wenselijk geweest om de tekentafels eerst op te stellen in de kamer *naast* het strafrecht, met name het burgerlijk recht teneinde dit te hertekenen in functie van een burgerschapsideaal dat in de literatuur als *republikeins* omschreven wordt¹⁵⁰. Gepleit wordt om de schuldnotie terug centraal te stellen in het burgerlijk recht, teneinde het strafrecht te vershralen en terug te brengen tot zijn kerntaak.

In de literatuur werd opgemerkt dat A.C. 't Hart zich over de plaats van het slachtoffer in het strafrecht in de loop der jaren meer welwillend is gaan opstellen¹⁵¹. Voorbouwend op zijn denken hebben we de grenzen van zo'n welwillende opstelling onderzocht. Hoewel we de kritiek op het hedendaagse strafrecht dikwijls volgen en vinden dat meer plaats moet worden gemaakt voor het getroffen slachtoffer en de consensuele afdoening van geschillen, staan we huiverig ten aanzien van de nieuwe herstelrechtelijke stroming. Dat is vooral het geval omdat concrete vrijheid, gelijkheid en emancipatie, en dus ook pluralisme op het individuele niveau, alleen maar mogelijk zijn indien een maatschappelijke orde hiertoe de voorwaarden schept. Dat is wellicht de belangrijkste les die we 't Hart hebben meegekregen: er is een onverbreekelijke band tussen vrijheid en orde, tussen diversiteit en eenheid. Hoe paradoxaal en complex het ook moge lijken (niemand beweert dat polyfone muziek gemakkelijke muziek is!), het is wel degelijk de democratische en rechtsstatelijke *orde* die mogelijkheidsvoorwaarden voor vrijheid, gelijkheid en emancipatie schept. Die orde, hoe liberaal die inhoudelijk ook is, dient in extreme gevallen strafrechtelijk te kunnen worden gehandhaafd.

¹⁵⁰ K. Raes, 'Een samenleving van onverantwoordelijken', *l.c.*, 34 met verwijzing naar M. Sandel, *Democracy's discontent; America in search of a public philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Over de heikele ethische en juridische vragen die de monetarisering van de menselijke gevoelens opwerpt in het kader van in geld gewaardeerde 'morele schadevergoedingen', zie K. Raes, *Controversiële rechtsfiguren. Rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent Academia Press, 2001, 181-208

¹⁵¹ Groenhuijsen, 'Hervorming van het strafprocesrecht', *l.c.*, 645.

